



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El control jurisdiccional de la declaración de los
regímenes de excepción en la Constitución de 1993**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Miguel Andrés PACHAS SERRANO

ASESOR

Pedro Paulino GRÁNDEZ CASTRO

Lima, Perú

2016



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Pachas, M. (2016). *El control jurisdiccional de la declaración de los regímenes de excepción en la Constitución de 1993*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

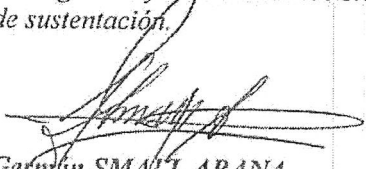
En la ciudad de Lima, a los veintiún días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana y con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca, Mg. Pedro Paulino Grandez Castro y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Bachiller Miguel Andrés PACHAS SERRANO, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DECLARACIÓN DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993".

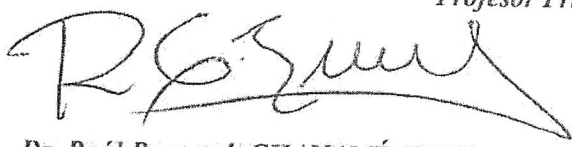
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

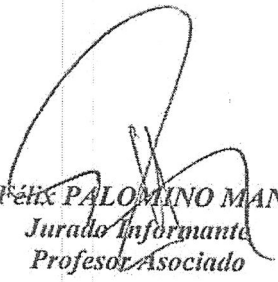
aprobado en la escala muy bueno (17)

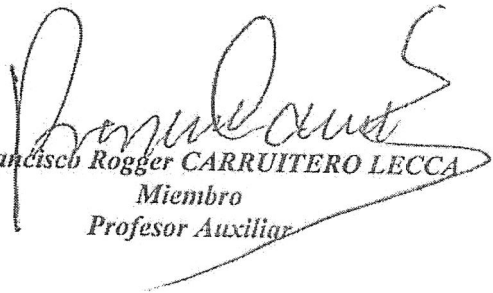
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos al Bachiller Miguel Andrés PACHAS SERRANO.

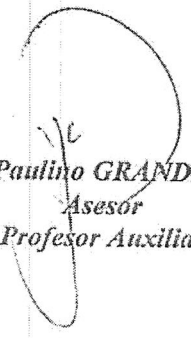
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal


Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Jurado Informante
Profesor Asociado


Dr. Francisco Rogger CARRUITERO LECCA
Miembro
Profesor Auxiliar


Mg. Pedro Paulino GRANDEZ CASTRO
Asesor
Profesor Auxiliar

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

CÓDIGO ORCID DEL AUTOR:

Miguel Andrés Pachas Serrano.

CÓDIGO ORCID DEL ASESOR:

Pedro Paulino Grández Castro: 0000-0001-7174-5534

DNI DEL AUTOR:

08202640.

GRUPO DE INVESTIVACIÓN:

No aplica.

INSTITUTO QUE FINANCIA PARCIAL O TOTALMENTE LA INVESTIGACIÓN:

No aplica.

UBICACIÓN GEOGRÁFICA DONDE SE DESARROLLÓ LA INVESTIGACIÓN. DEBE INCLUIR LOCALIDADES Y COORDENADAS GEOGRÁFICAS:

La información es pura o básica, generó teoría jurídico dogmática para analizar la institución jurídico constitucional del estado de excepción, recabando material teórico e informativo que incluyó legislación nacional y extranjera, doctrina y jurisprudencia.

AÑO O RANGO DE AÑOS QUE LA INVESTIGACIÓN ABARCÓ:

La investigación y el recaudo de la información se desarrolló desde abril de 2013 hasta julio 2015.



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA UNIDAD DE POST GRADO

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

CONSTANCIA

EL DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POST GRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

DEJA CONSTANCIA:

Que, don Miguel Andrés PACHAS SERRANO, con código de matrícula N° 10027365, ha sustentado y aprobado la Tesis titulada: ***"EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DECLARACIÓN DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993"***; para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, el 21 de Marzo de 2016, habiendo obtenido la calificación de **APROBADO CON LA ESCALA MUY BUENO (17)**, tal como obra en los archivos de Actas de Exámenes de Grados.

Se expide la presente constancia a solicitud del interesado para los fines que hubiera lugar.

Lima, 28 de Marzo de 2016



Dr. Germán SMALL ARANA
DIRECTOR

DEDICATORIA

A María Elena por su apoyo incondicional en la realización de esta investigación y por su amor.

«Dice que en el momento en que uno empieza a ser torturado se rompe para siempre su pacto con los demás hombres y aunque se salve y quede libre y siga viviendo muchos años la tortura nunca cesará, y ya no podrá mirar a los ojos a nadie, sin confiar en nadie, ni dejar de preguntarse, delante de un desconocido, si es o ha sido un torturador, si le costaría mucho serlo, y si una vecina anciana y educada le dice buenos días al cruzárselo por la escalera piensa que esa misma anciana amable pudo haber denunciado [...] a su vecino [...] o mirado hacia otra parte cuando a su vecino lo arrastraban escaleras abajo, [...]»(Muñoz, Antonio, Sefarad, p. 702).

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DECLARACIÓN DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO I. PROBLEMA, HIPÓTESIS Y VARIABLES, MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.	
1.1. Planteamiento del problema	5
1.1.1. Situación Problemática	5
1.1.2. Formulación del Problema	6
1.1.3. Justificación	7
a. Justificación teórica	7
b. justificación práctica	8
1.1.4. Objetivos	9
a. Objetivo general	9
b. Objetivos específicos	9
1.2. Hipótesis y variables	10
1.2.1. Hipótesis	10
a. Hipótesis General	10
b. Hipótesis Específicas	10
1.2.2. Variables	12
a. Variable Independiente	12
b. Variables Dependientes	12
1.3. Marco teórico	13
1.3.1. Marco filosófico o epistemológico de la investigación	13
1.3.2. Antecedentes de investigación	14
1.3.3. Bases Teóricas	15
1.4. Metodología	20

1.4.1. Tipo de investigación	20
1.4.2. Enfoque de investigación	21
1.4.3. Técnicas de investigación	21

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN EL PERÚ.

2.1. Precisiones preliminares	22
2.2. El nuevo orden estatal peruano tras el proceso de Independencia	23
2.2.1. Economía de exportación	24
2.2.2. Sociedad de castas y racismo	25
2.2.3. La Ilustración y liberalismo criollo conservador	26
2.2.4. La Iglesia Católica	27
2.2.5. La presencia militar	29
2.3. El Estado tutelar peruano	31
2.4. Caracterización del ordenamiento jurídico del Estado tutelar	32
2.4.1. El contexto internacional	33
2.4.2. Características jurídico-constitucionales del Estado tutelar	35
2.5. La función de la declaratoria de los regímenes de excepción en la historia constitucional peruana	40

CAPÍTULO III

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECLARACIONES DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

3.1. Determinación del modelo de referencia	46
3.1.1. Justificación	47
a. Los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales como teorías de la justicia que comparten los mismos	

fundamentos iusfilosóficos	47
b. La indisociable relación entre Derechos Humanos y Derecho constitucional	48
c. La relación entre los Derechos Humanos y el Derecho constitucional a nivel normativo	48
d. La relación entre los Derechos Humanos y el Derecho constitucional a nivel interpretativo	49
e. La relación entre Derechos Humanos y Derecho constitucional en la aplicación de los mismos	49
3.1.2. El tertium comparationis	51
a. Definición	51
b. Causa de los estados de excepción	51
c. Principios que rigen el estado de excepción	52
3.2. La revisión jurisdiccional de las declaraciones del estado de excepción en el derecho comparado	53
3.2.1. Argentina	53
3.2.2. Colombia	56
3.2.3. Ecuador	58
3.2.4. México	59

CAPITULO IV

LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN

4.1. Marco normativo	63
4.1.1. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	64
4.1.2. El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	64
4.1.3. Principio 7 de los Principios Rectores de los	

Desplazamientos Humanos	65
4.1.4. Observación General N° 5, Derogación de los Derechos (art. 4 PIDCP)	67
4.1.5. Observación General N° 29, Suspensión de las Obligaciones durante un estado de emergencia (art. 4 PIDCP)	67
4.1.6. Párrafo 24 de la Opinión Consultiva 8/87, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías, Corte Interamericana de Derechos Humanos	69
4.2. Noción y finalidad del estado de excepción	69
4.3. Las causas de los estados de excepción	70
4.4. Principios que rigen el estado de excepción	71
4.4.1. Principio de legalidad	71
4.4.2. Principio de proclamación	72
4.4.3. Principio de notificación	73
4.4.4. Principio de temporalidad	74
4.4.5. Principio de amenaza excepcional	75
4.4.6. Principio de proporcionalidad	77
4.4.7. Principio de no discriminación	78
4.4.8. Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional	78
4.5. Los derechos inderogables	79
4.6. Desnaturalización de los regímenes de excepción	81
4.6.1. Estado de excepción de facto	81
4.6.2. Estado de excepción no notificado	81
4.6.3. Perennización del estado de excepción	82
4.6.4. Sofisticación e institucionalización del estado de emergencia	82
4.6.5. Ruptura del orden institucional	

CAPÍTULO V

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

5.1. Precisiones preliminares	86
5.2. Noción de Estado constitucional de derecho	87
5.3. La rigidez constitucional	88
5.4. La Constitución como norma jurídica	91
5.5. La Constitución peruana como norma jurídica	92
5.6. La interpretación conforme a la Constitución	97
5.7. El control del poder	99
5.7.1. El control social	100
5.7.2. El control político	101
5.7.3. El control jurídico	104

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 200° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

6.1. Competencia y norma de competencia	111
6.1.1. Competencia	111
6.1.2. Norma de competencia	115
6.2. Noción de Constitución. Criterios a utilizar en la interpretación de la Constitución	116
6.2.1. Noción de Constitución	116
6.2.2. Criterios de interpretación	117
a. Principio de unidad de la Constitución	117
b. Principio de concordancia práctica	117
c. Principio de corrección funcional	118
d. Principio de función integradora	118
e. Interpretación sistemática	118
f. Interpretación literal	118
g. Interpretación restrictiva	118
6.3. Estructura del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	119

6.3.1. Primera parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	119
6.3.2. Segunda parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	121
6.3.3. Tercera parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	121
6.3.4. Cuarta parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	122
6.4. El enunciado normativo EN ₁₀ de la cuarta parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993	123
6.4.1. Determinaciones previas	123
6.4.2. Argumento a contrario y normas implícitas	125
6.4.3. Significado del enunciado normativo EN ₁₀	127
6.4.4. Tema procesal y jerarquía y rango del documento jurídico con el que se declara el régimen de excepción	130
a. Legitimación activa para el control jurisdiccional de los documentos jurídicos que declaran los regímenes de excepción	130
b. Jerarquía y rango del documento jurídico que declara el régimen de excepción	132
6.5. Una precisión sobre las declaraciones de los regímenes de Excepción	135

CAPÍTULO VII.

CRITERIOS PARA REALIZAR EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS DECRETOS DE RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

7.1. Control de los requisitos formales	142
7.1.1. Acuerdo, rubrica y refrendo	142
7.1.2. Proclamación de la Declaración del régimen de Excepción	143
7.1.3. Notificación de la declaración del régimen de excepción	145

7.1.4. Comunicación al Congreso	146
7.2. Control de los requisitos materiales	147
7.2.1. Graves circunstancias que afectan la vida de la nación	147
7.2.2. Valoración de la intensidad de las circunstancias	149
7.2.3. Juicio sobre la suficiencia de las medidas legales ordinarias	151
7.2.4. Derechos intangibles	155
7.2.5. Principio de proporcionalidad	155
7.2.6. No vulneración del principio de igualdad y no Discriminación	157
7.2.7. Principio de temporalidad	159
7.2.8. Respeto de la compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho Internacional	160

VIII.

CONCLUSIONES.

8.1. Conclusiones generales	161
Primera conclusión general	161
Segunda conclusión general	163
Tercera conclusión general	163
8.2. Conclusiones específicas	163
Primera conclusión específica	164
Segunda conclusión específica	164
Tercera conclusión específica	164
Cuarta conclusión específica	165
Quinta conclusión específica	165
Sexta conclusión específica	165
Séptima conclusión específica	166
Octava conclusión específica	166
Novena conclusión específica	167

IX
FUENTES DE INFORMACIÓN

9.1. Bibliografía	168
9.2. Hemerográfica	180
9.3. Textos normativos	185
9.4. Jurisprudencia	190
9.4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. República de Argentina	190
9.4.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	190
9.4.3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador	194
9.4.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú	195
9.5. Sitios web consultados	197

PALABRAS CLAVES

Argumento *a contrario* del tipo creador de normas, Constitución, control del poder, control social del poder, control político del poder, control jurisdiccional del poder, Defensoría del Pueblo, Decreto supremo, Decreto de régimen de excepción, Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Estado constitucional de derecho, Estado de emergencia, Estado de sitio, Norma de competencia, Norma implícita, Régimen de excepción, Tribunal Constitucional.

RESUMEN EN INGLÉS

This investigation is nothing more than a proposal for interpretation of the end of the last paragraph of Article 200 of the Constitution of Peru from 1993 determining the content of the constitutional rule of law and the use of some categories theory of law. To make this interpretation we turn to our constitutional history to determine what has been the role of emergency rule in our republic. Similarly, we appeal to international human rights law and comparative constitutional law in order to find an appropriate evaluation and interpretation of the state of emergency. From the above, the interpretation suggested that the aforementioned provision contains a rule of jurisdiction in an implicit provision which grants the Constitutional Court jurisdiction to review the statements of the states of emergency. It is also proposed that the legal document that states of emergency is declared must be higher than hierarchy and usually range has been used, the supreme decrees. Finally, some criteria that could be used to control the Constitutional Court's statements exceptional regimes are proposed.

INTRODUCCIÓN.

Iniciamos la introducción haciendo algunas precisiones. La primera, que el presente trabajo no se ocupa del derecho constitucional del régimen de excepción, estado de emergencia y de sitio, ni de sus características, ni de la naturaleza y tipo de la emergencia, ni de su procedimiento de declaración ni del instituto de la suspensión de las garantías individuales.

La segunda, consiste en que usaremos como sinónimos los sintagmas «régimen de excepción» y «estado de excepción» debido a que operan como genero respecto de los sintagmas «estado de emergencia» y «estado de sitio», tal como se deduce del artículo 137 de la Constitución Política del Perú de 1993 y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Además, las conclusiones que se alcancen, en el presente trabajo, valen tanto para los estados de emergencia como de sitio.

La tercera, se refiere a que lo expresado para el régimen de excepción vale tanto para el estado de emergencia y el estado de sitio, cualquier matiz se expresará oportunamente. Lo mismo para las conclusiones de ser el caso. Asimismo, expresar que hasta el momento en el Perú no ha sido declarado el estado de sitio.

La cuarta, alude a que tomaremos como referente el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia por considerar que es la institución que mejor ha desarrollado este tema en América Latina.

Por otra parte, quisiera indicar que las circunstancias que motivan el presente trabajo. La primera, tiene que ver con nuestro pasado reciente en donde las declaraciones del estado de emergencia sirvieron, por un lado, para trasgredir el principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho - no olvidemos la Ley N° 24150, Ley del Comando Político Militar – y, por el otro, para vulnerar los derechos fundamentales de las personas que se encontraron en el medio del accionar de los grupos terroristas – Sendero Luminoso y MRTA – y del Estado – y las Fuerzas Armadas y Policiales.

La segunda y como consecuencia de lo anterior, se refiere a como el poder político tuvo – y me parece que aún persiste este inconveniente – una comprensión poco clara de la finalidad y significado de los regímenes de excepción.

La tercera, que a más de diez años de finalizada la violencia política y ante un relativo periodo de paz en nuestro país, se hace necesario reflexionar sobre esta institución del derecho constitucional, con el objetivo de que nos permita, sobre todo a los poderes públicos, una mejor comprensión de su finalidad y significado, con el propósito de lograr una mayor y real protección de los derechos fundamentales así como salvaguardar, de la mejor manera posible, los principios democrático y de Estado de Derecho; de esta manera se intenta contribuir a que no se repitan estos hechos tremebundos de nuestra historia nacional.

En cuanto a la metodología seguida, es el teórico dogmático; puesto que nos centramos en la interpretación de un enunciado jurídico problemático enmarcado en el ordenamiento jurídico peruano. Conviene precisar que este trabajo es dogmático en el sentido de que se parte de una norma previamente obtenida de un enunciado jurídico.

Respecto de la investigación, ésta trata sobre la posibilidad de argumentar a favor de la revisión o control jurisdiccional de las declaratorias del régimen de excepción. O, dicho de otra manera, el objetivo de la presente investigación consiste en exponer una interpretación de la parte final del último párrafo del

artículo 200 de la constitución Política del Perú de 1993 a partir de razones orientadas a garantizar la corrección del significado que se propone del enunciado jurídico antes expresado. Esta interpretación consiste en afirmar que el mencionado enunciado contiene una norma de competencia que atribuye al Tribunal Constitucional, a través de una norma implícita, la potestad de controlar la declaración del estado de excepción.

Los argumentos a utilizar para respaldar la afirmación de que «la parte final del último párrafo del artículo 200 de la constitución Política del Perú de 1993 es un enunciado que contiene una norma de competencia que atribuye al Tribunal Constitucional, a través de una norma implícita, la potestad de controlar la declaración del estado de excepción» son varios, que se corresponden con los capítulos II al VI.

Los argumentos centrales son dos. El primero, que se corresponde con el capítulo V, que trata sobre el Estado Constitucional de Derecho, en el que desarrollamos el contenido de este principio y sobretodo su relación con la idea del control de los poderes públicos. El segundo argumento, que se corresponde con el capítulo VI, ofrecemos una interpretación de la parte final del último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993, para ello recurrimos no sólo recurrimos a los criterios de interpretación de la Constitución sino también a la teoría general del derecho, sobre todo a las nociones de norma de competencia, norma implícita y argumento a contrario del tipo creador de normas.

Junto a estos argumentos centrales, presentamos argumentos de tipo histórico, capítulo II, relacionado con la función del régimen de excepción en la historia de la República. Asimismo, en el capítulo III, revisamos el desarrollo de la propuesta de investigación en el ámbito de América Latina.

Luego, en el cuarto IV, estudiaremos los principales aportes de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Estado peruano, respecto del tema de investigación propuesto. Además, en el capítulo VII, argumentaremos y presentaremos que existen ciertos criterios

jurídico-constitucionales que le permitirían al Tribunal Constitucional controlar los decretos que declaran los estados de excepción.

Y en cuanto al Capítulo I, indicar que es una exigencia de la Unidad de Postgrado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. De acuerdo con el anexo 2, estructura de una tesis de maestría o doctorado, de la Resolución Directoral 080.EPG.201 la tesis de maestría debe contar obligatoriamente con los siguientes capítulos: Introducción, Marco teórico, Metodología y Resultados y discusión. Para el presente trabajo se ha tenido por conveniente unificar en el primer capítulo del mismo los capítulos 1, 2 y 3 que exige la resolución antes aludida.

Por último, quisiera agradecer a mi padre, Mario Bernardo Pachas Patiño, por la revisión del primer borrador, así como de sus sugerencias. Agradecer, también, a mi director de investigación el Profesor Pedro Grandez Castro por su apoyo, críticas y sugerencias durante el proceso de investigación y por la deferencia de haber aceptado asesorar el presente trabajo. Finalmente, agradecer a mi esposa María Elena por su apoyo, comentarios y por soportar mis monólogos sobre el tema.

CAPITULO I

PROBLEMA, HIPÓTESIS Y VARIABLES, MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.

1.1. Planteamiento del problema.

A continuación, presentaremos la situación problemática, la formulación del problema, la justificación teórica y práctica de la presente investigación y los objetivos, tanto el general como los específicos que se han establecido.

1.1.1. Situación Problemática.

En la parte final del último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993, encontramos una disposición normativa que ordena que «No corresponde al juez cuestionar la declaración del Estado de emergencia ni de Sitio». Es decir, que no es posible que los jueces se pronuncien sobre la vigencia o legalidad de las declaraciones de los regímenes de excepción.

Esta prohibición plantearía un posible problema de encaje con el Estado Constitucional de Derecho, ya que, sugiere la cuestión de que la declaración de los regímenes de excepción son actos políticos no sujetos a revisión. De ser esto así, cómo armoniza con el principio del Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, este no es sólo un problema teórico. En la historia política reciente el Perú es azotado por la violencia política, teniendo como principales actores del conflicto a sendero luminoso, el MRTA y el Estado peruano. Durante este periodo que va desde mayo 1980 hasta noviembre de 2000, el Estado declaró en emergencia varias regiones del país por largos años (Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final. Lima: CVR, 2003, pp.59 y 60). A esto se adiciona la creación del Comando Político Militar (Ley N° 24150, 1985, arts. 2, 4 y 5) que asumió durante la vigencia de los estados de excepción, la dirección política de estas zonas. Las consecuencias de esta situación fueron graves para la institucionalidad democrática del país: vulneración del principio democrático, del Estado Constitucional de Derecho y violación sistemática de los derechos fundamentales de cientos de civiles.

1.1.2. Formulación del Problema.

La formulación del problema se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿Es posible, en el Estado Constitucional de Derecho, la revisión jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción?

Antes, precisar que la consideración de que no es posible la revisión jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción pareciera tener su fundamento en una variante del presidencialismo, llamado absolutismo presidencial (Torres, 2007, p151). Es decir, el ejercicio del poder

por parte de los presidentes del Perú se ha hecho de manera abusiva (Quiroz, 2016, p. 38).

Por ello, la respuesta a la interrogante antes propuesta contribuirá a controlar, o no, los actos del presidente, entre los que se encuentra las declaraciones de los estados de excepción. En última instancia se trata de fortalecer nuestras prácticas democráticas, así como de consolidar el sistema democrático.

1.1.3. Justificación.

Por justificación vamos a entender «la actividad consistente en brindar razones» (Comanducci, 2010, p. 66) teóricas y prácticas que explican la realización de la presente investigación y está directamente vinculada con la pregunta ¿Por qué quiero trabajar este tema de tesis? (Muñoz, 2011, p. 141).

a. Justificación teórica. La justificación teórica, gira, fundamentalmente, en torno a los siguientes temas: histórico constitucional, derecho constitucional comparado, Estado Constitucional de Derecho y de la teoría del derecho.

Desde una perspectiva histórica constitucional intentaremos determinar si las declaraciones de los regímenes de excepción que se han dado en el Perú evidencian el uso de esta institución en función de garantizar los derechos de los ciudadanos, la defensa del orden democrático y para salvaguardar el Estado Constitucional de Derecho y el Principio de legalidad.

Desde la segunda, el derecho constitucional comparado, perseguimos a partir del conocimiento de otros ordenamientos jurídicos encontrar una adecuada

interpretación y valoración (Biscaretti, 1997, p. 80) de la institución del régimen de excepción.

Respecto del tercer tema, el presente trabajo de investigación plantea el problema de determinar qué tipo de norma o normas jurídicas – categóricas o hipotéticas, primarias o secundarias, interpretativas o dispositivas, competencia o incompetencia -contiene la disposición normativa constitucional, objeto de la presente investigación (Const., 1993, art. 200, parte final)¹. Para intentar resolver este problema recurriremos a la teoría del derecho.

Por último, interesa saber cómo armonizar la declaración de los regímenes de excepción con el Estado Constitucional de Derecho, institución surgida justamente para defender a los individuos de la acción arbitraria del Estado, con los principios que ésta – el Estado Constitucional de Derecho - contiene, sobre todo con la racionalización y control del poder a que este conduce necesariamente.

b. justificación práctica. Desde la justificación práctica, este tiene que ver con nuestro pasado reciente en donde las declaraciones del estado de emergencia sirvió, por un lado, para trasgredir el principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho - no olvidemos la Ley N° 24150, Ley del Comando Político Militar – y, por el otro, para vulnerar los derechos fundamentales de las personas que se encontraron en el medio del accionar de los grupos terroristas – Sendero Luminoso y MRTA – y del Estado – y las Fuerzas Armadas y Policiales.

Por otra parte, más de diez años de finalizada la violencia política y ante un relativo periodo de paz en nuestro país, se hace necesario reflexionar sobre esta institución del Derecho Constitucional, que nos permita lograr una mejor comprensión de los regímenes de excepción con la finalidad de alcanzar una

¹ «Artículo 200.- [...]No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio».

mayor y real protección de los derechos fundamentales así como salvaguardar, de la mejor manera posible, los principios democrático y de Estado Constitucional de Derecho; de esta manera se intenta contribuir a que no se repitan estos hechos tremebundos de nuestra historia nacional.

1.1.4. Objetivos.

A continuación, presentaremos el objetivo general y los objetivos específicos de la presente investigación.

a. Objetivo general. Argumentar que si es posible en nuestro ordenamiento jurídico la revisión jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción.

b. Objetivos específicos. Explicar ¿cuál fue la función de las declaraciones de los regímenes de excepción en la historia constitucional del Perú?

- Utilizar y desarrollar la noción de Estado Constitucional de Derecho como una categoría que coadyuva a justificar la revisión de las declaraciones de los regímenes de excepción.
- Analizar ¿Cómo la teoría del derecho contribuye a esclarecer este tema mediante la noción de norma de competencia, norma implícita y argumento a contrario del tipo creador de normas?
- Identificar a ¿Quién la norma de competencia le otorga la legitimación activa para cuestionar las declaraciones del régimen de excepción?

- Proponer un conjunto de criterios que permita al Tribunal Constitucional revisar las declaraciones de los regímenes de excepción.

1.2. Hipótesis y variables.

En el presente subcapítulo presentaremos, en primer lugar, una propuesta de posible solución al problema planteado en el acápite 1.1.2, que intentaremos probar con el desarrollo de la investigación. Y, en segundo lugar, expondremos las características o cualidades o atributos de los elementos considerados en la hipótesis (Muñoz; 2011, pp. 141 y 149).

1.2.1. Hipótesis.

A continuación, presentamos la hipótesis general y las hipótesis específicas de la presente investigación.

a. Hipótesis General. La parte final del último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, expresa un enunciado jurídico que contiene una norma de competencia que atribuye al Tribunal Constitucional la potestad de controlar la declaración del estado de excepción, lo cual repercute en la jerarquía y rango del documento jurídico con el que se declara el estado de excepción.

b. Hipótesis Específicas. La historia político-constitucional del Perú evidencia el uso del estado de excepción no en función de garantizar

los derechos de los ciudadanos ni la defensa del orden democrático ni para salvaguardar el Estado constitucional de derecho.

- En el derecho constitucional comparado existe literatura científica que nos permite una mejor interpretación y valoración de los regímenes de excepción.
- Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos han desarrollado un marco teórico y conceptual respecto de los estados de excepción que el Estado peruano no puede soslayar.
- El Estado Constitucional de Derecho al considerar a la Constitución como norma jurídica y al control del poder como un elemento inherente a la Constitución sientan las bases para el control jurisdiccional de los regímenes de excepción.
- Para una adecuada interpretación de la parte final del último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993 debe hacerse no sólo desde categorías del Derecho constitucional sino también desde la Teoría del Derecho.
- La jerarquía y rango del documento jurídico de declaración del régimen de excepción no puede ser un decreto supremo sino una norma con jerarquía y rango de ley.
- La legitimidad activa del Tribunal Constitucional es automática o de oficio.
- Del Derecho constitucional comparado, de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de sus homólogos extranjeros se pueden extraer criterios para controlar la constitucionalidad o validez constitucional de las declaraciones de los regímenes de excepción.

1.2.2. Variables.

En seguida exponemos la variable independiente y las tres variables dependientes contenidas en la hipótesis general de la presente investigación.

a. Variable Independiente. La variable independiente es el enunciado jurídico regulado en la parte final del último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho.

Es decir, la variable independiente sería la siguiente: «No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio».

b. Variables Dependientes. Para la presente investigación utilizaremos las siguientes variables dependientes:

- La primera variable dependiente señala que la variable independiente «expresaría un enunciado jurídico que contiene una norma de competencia en una norma implícita».
- La segunda variable dependiente establece que la variable independiente «atribuiría al Tribunal Constitucional la potestad de controlar las declaraciones de los estados de excepción».
- La tercera variable dependiente determina que la variable independiente «atribuiría una jerarquía y rango distinto al documento jurídico que declara el estado de excepción».

Al ser tanto la variable independiente como las dependientes de operacionalidad verbal, es decir, aquellas «que requieren de construcciones lingüísticas que permitan comprender los límites en que se operacionalizan los conceptos a utilizar en el lenguaje científico» (Muñoz, 2011, p.151), por lo que en el siguiente subcapítulo se presentan las definiciones operativas de las mismas.

1.3. Marco teórico.

En el presente subcapítulo presentaremos las bases teóricas, sobre los que se fundamenta el tema de la presente investigación.

1.3.1. Marco filosófico o epistemológico de la investigación.

Antes es preciso señalar que con la expresión «marco filosófico» nos estamos refiriendo al conocimiento producido por la filosofía del derecho hecha por los juristas. Desde ésta se plantean problemas que «no son diferentes de los problemas de la ciencia jurídica: al contrario, en general se trata de los mismos problemas, aunque quizás analizados a un nivel distinto de abstracción» (Guastini, 1999, p. 19).

Desde la filosofía del derecho podemos distinguir entre dos grandes epistemologías o modos de conocer el Derecho; una visión descriptiva o empírica que sostiene que el derecho es un conjunto de hechos y una visión normativa o constructivista que asegura que el derecho es un conjunto de normas. También, se puede sostener una tercera posición intermedia que señala que el «Derecho es un conjunto de razones para la acción, que son los hechos que tienen una especial vinculación con las normas jurídicas» (Comanducci, 2010, p. 181). Tal como lo señala el autor antes mencionado, no puede haber sólo una forma de acercarse al derecho; de hecho, existen «varios enfoques y todos son, en algún sentido, adecuados» (2010, p. 182).

En el presente trabajo se ha seguido esta postura. Con el enfoque epistemológico empirista, se intenta, por ejemplo, describir, explicar y

entender la función de los regímenes de excepción en la historia constitucional peruana como uno de los fundamentos de la hipótesis del presente trabajo.

Con el enfoque epistemológico normativista, se busca descubrir, por ejemplo, el significado o una de las posibles normas del enunciado jurídico constitucional objeto de la presente investigación (Const., 1993, art. 200 parte final) a través de la interpretación, el uso de técnicas jurídicas. Para decirlo de otro modo, recurriremos a la dogmática jurídica en el sentido de que nuestro punto de partida son las normas del ordenamiento jurídico (Calsamiglia, 1988, p. 76). Además, porque ésta no prescinde de la racionalidad y la argumentación (1988, p. 77).

1.3.2. Antecedentes de investigación.

Tres son los antecedentes de la presente investigación. El primero lo encontramos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En dicho ordenamiento jurídico encontramos una preocupación y explicación de las causales, principios, derechos intangibles y tipos de desnaturalización de los estados de excepción. De entre los principios, interesa mencionar el principio de legalidad, el cual abre la posibilidad de controlar los estados de excepción. Este principio exige, en primer lugar, «la necesaria preexistencia de normas que lo regulan» (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 50). y, en segundo lugar, «la existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas» (ONU, 1997, párr. 50).

El segundo lo encontramos en el derecho comparado. Así tenemos que países como Argentina, Colombia, Ecuador y México se admite la posibilidad de revisar en sede jurisdiccional las declaraciones de los estados de excepción.

Por último, el problema planteado lo encontramos en el ámbito nacional; en el Informe Defensorial N° 76, «Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia» (Defensoría del Pueblo, 2003, p. 102 y ss.). En dicho documento la Defensoría del Pueblo señala que con la disposición normativa contenida en la parte final del último párrafo del artículo 200 de la constitución Política de 1993 - «No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio» - lo que se pretende es «evitar el posible control jurisdiccional de la declaración de un estado de excepción» (2003, p. 103). Por otra parte, en las recomendaciones dadas por la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República, se recomienda que éste «evalúe una reforma constitucional del artículo 137º, de manera que encargue a un órgano independiente del Ejecutivo, como el Tribunal Constitucional, la revisión de la adecuación de la declaratoria del estado de excepción a sus exigencias constitucionales» (2003, p. 151). Y en un comentario de Marcial Rubio Correa respecto de la posibilidad del control jurisdiccional del régimen de excepción cuando no se cumplan las normas constitucionales que lo regulan o cuando el Poder ejecutivo le asigna al estado de excepción, características que la Constitución no autoriza (Rubio, 2006, p. 134).

1.3.3. Bases Teóricas.

En primer lugar, referimos a los regímenes de excepción. Éste es una institución jurídica, de carácter extraordinario y temporal, que faculta a los Estados a suspender algunas de sus obligaciones en materia de derechos fundamentales (también en asuntos de Derechos Humanos) para hacer frente a las graves crisis que eventualmente puedan surgir en la vida de un Estado. La finalidad que persigue esta institución jurídica es la defensa de los derechos humanos, la defensa del orden democrático y la salvaguardia del

Estado Constitucional de Derecho y del Principio de legalidad (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 44).

En segundo lugar, mencionar el Estado Constitucional de Derecho, que no es más que la versión moderna y actual del Estado de Derecho decimonónico (Comanducci, 2010, p. 47; Ferrajoli, 2001. p. 19). Este modelo normativo se caracteriza por la «vigencia del principio de legalidad: un Estado *per leges* y *sub lege*» (Comanducci, 2010, p. 47).

La característica de ser un Estado *per leges* alude a que éste opera mediante leyes generales y abstractas. A través de la generalidad se busca garantizar la igualdad formal ante la ley. La abstracción supone oposición a la retroactividad de la ley, así como un relativo nivel de estabilidad y certeza del Derecho. Además de relativo nivel de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales (Comanducci, 2010, p. 47).

En cuanto a la característica de ser un Estado *sub lege* alude, en primer lugar, a que todo poder se encuentra sometido a las leyes generales y abstractas que lo desarrollan, y cuyo cumplimiento es susceptible de revisión por jueces independientes. En segundo lugar, «todos los poderes están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales» de las personas (Comanducci, 2010, p. 47). En tercer lugar, en este tipo de Estado, rige el principio de legitimidad, por el cual «todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales» (Comanducci, 2010, p. 47).

Por otra parte, el Estado de Derecho se puede entender en un sentido débil o formal y en un sentido fuerte o sustancial. Con el primer sentido se alude a un ordenamiento jurídico cualquiera en el que los poderes políticos «sono *conferiti* dalla legge ed esercitati nelle *forme* e con le procedure da questa stabile» (Ferrajoli, 2003, p. 349).

Por el segundo sentido, el fuerte o sustancial o el Estado Constitucional de Derecho, suma una exigencia más a las mencionadas, por el cual en todo

ordenamiento jurídico los poderes públicos están sometidos a la ley tanto por la forma como por el contenido (Ferrajoli, 2003, p. 349).

Cabe precisar que con el primer sentido se puede incluir los Estados autoritarios o teocráticos; en cambio los segundos agrupan a los «Estados liberales constitucionales» (Vásquez, 2006, p. 182) que se caracterizan porque el poder público se encuentra organizado para garantizar los derechos fundamentales de las personas (2006, p. 182).

En el sentido sustancial, el Estado Constitucional de Derecho, hace referencia a «la institucionalización jurídico- política de la democracia» (Díaz, 2002, p. 67) que se caracteriza por el imperio de la Constitución; «división de poderes» (2002, p. 68) entendida como «diferenciación más que separación» (2002, p. 68); «fiscalización de la administración pública» (2002, p. 68), y «la protección de derechos y libertades fundamentales que [...] constituyen la razón de ser del Estado de Derecho» (2002, p. 69).

Resumiendo, podemos decir que el Estado Constitucional de Derecho «attribuisce all'ordinamento giuridico la funzione primaria di tutelare i diritti civili e politici, contrastando a questo fine l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione» (Zolo, 2003, p. 45).

En tercer lugar, tenemos la noción de Derechos Humanos. Nos podemos acercar a los Derechos Humanos desde tres perspectivas: normativa, operacional (ONU, 2006, p. 15) y como a teoría de la justicia.

La primera, se refiere al marco jurídico internacional de los derechos humanos para la protección del individuo (González, Sánchez y Andrés, 1992, p. 639); es decir, esta perspectiva, se interesa por el conocimiento de los principios y normas jurídicas internacionales reguladas en los distintos tratados o convenciones – que incluye el derecho derivado de las mismas a través de las observaciones o recomendaciones generales – o Declaración Universal de Derechos Humanos. La segunda, tiene como finalidad la promoción y la protección de los derechos humanos (ONU, 2006, p. 15); o sea, la realización

de estudios sobre temas de Derechos Humanos, recomendaciones para la prevención de vulneraciones de Derechos Humanos, etc. – promoción – y el establecimiento de mecanismos para la defensa en caso de violaciones de Derechos Humanos, etc. – protección -.

Por último, los Derechos Humanos pueden entenderse como una teoría de la justicia liberal basada en derechos que se sustenta en los principios «de autonomía, el de inviolabilidad y dignidad de la persona y el de ciudadanía» (González, J, 2004, p. 494)., cuyo fundamento último se encuentra en «la noción de individuo como agente moral racional [...]» (González, J, 2004, p. 494).

Pues bien, los Derechos Humanos como una teoría de la justicia basada en derechos hace alusión «a una determinada propuesta ideal de ordenación social que ofrece respuestas a las principales cuestiones relacionadas con la vida humana en sociedad [...]» (2004, p. 33 y 34). Estos actúan como parámetro ético para «juzgar la actuación de la autoridad y la legitimidad de las instituciones y las leyes» (2004, p. 32). En este contexto, los Derechos Humanos nos permiten diseñar un modelo ideal del régimen de excepción a partir del cual podemos cuestionar el modelo constitucional de esta institución regulado en nuestro ordenamiento constitucional.

Al considerar los derechos humanos como «una teoría de la justicia» (2004, p. 35). estamos afirmando que, en un sistema normativo ideal, los hombres y las mujeres poseen estos derechos y que los ordenamientos jurídicos de cada Estado deben, en la medida que las circunstancias los permitan, aproximarse a estos, ya sea mediante la actividad legislativa o judicial – someter a la prueba de la interpretación al ordenamiento jurídico -; todo ello con la finalidad de reconocer y garantizar los derechos.

Antes de continuar conviene determinar el sentido de la expresión Justicia. Son tres los sentidos de Justicia al uso; una primera la entiende como sinónimo de perfección – Justicia en sentido amplio –, es decir, como teoría de la vida buena o modelo de individuo virtuoso/a; una segunda que la

identifica con la legalidad – Justicia en sentido estricto –, o sea, con el conjunto del ordenamiento jurídico de una determinada organización jurídico- política y, una tercera, como criterio ideal de ordenación social – Justicia en sentido intermedio –, que a partir de la discusión racional nos permitirá ofrecer respuestas a los principales problemas de la convivencia humana en sociedad (Hierro, 2002, p. 13). Éste último, es el sentido de Justicia utilizado en el presente trabajo.

Los Derechos Humanos como teoría de la justicia, sólo es posible en un régimen jurídico-político que, «incluye entre las exigencias morales implícitas en la consideración de los individuos como agentes morales racionales el no estar sometidos a autoridades o normas en cuya elección y elaboración no hayan participado» (González, J, 2004, p. 446). Es decir, sólo es compatible con la Democracia como forma de Estado y de Gobierno.

En cuarto lugar, referirnos a la noción de normas de competencia. Éstas son normas adscriptivas de competencias y de las correspondientes funciones a favor de una persona artificial (y/o de uno de sus órganos) e hipotético-constitutivas de la competencia de sus funcionarios en esas mismas funciones, así como regulativas de la forma de los actos preceptivos imputables a la primera y realizado por los segundos en el ejercicio de las referidas funciones (Ferrajoli, 2011, p. 589).

Finalmente, recurriremos a la historia constitucional, a fin de determinar la función que esta institución ha tenido a lo largo de nuestra historia republicana. Cabe precisar que el término «función» presenta varios significados: «función como contribución de la parte al todo, función como relación, función como efecto, función como fin y función como actividad» (Nagel, 1989, citado por Barranco, 2004, p. 39). El que aquí nos interesa es el significado de función como efecto, que designa «un conjunto más o menos vasto de consecuencias que una cosa o actividad determinada tiene para «el sistema como un todo» al cual dicha cosa o actividad supuestamente pertenece, o para otras cosas pertenecientes al sistema» (Nagel, 1989, citado por Barranco, 2004, p. 44). Además, estas consecuencias pueden no ser perseguidas, que no tengan

ninguna utilidad o «incluso pueden ser desfavorables al mantenimiento del sistema» (Nagel, 1989, citado por Barranco, 2004, p. 44).

1.4. Metodología.

En este subcapítulo desarrollaremos el tipo, enfoque y técnica de investigación, a utilizar en el desarrollo de la presente tesis de maestría.

1.4.1. Tipo de investigación.

La siguiente estrategia de investigación se caracteriza por ser del tipo:

- *Teórico dogmático*, puesto que, nos centramos en el análisis de un tema o una problemática enmarcada en el ordenamiento jurídico peruano.
- *Cualitativo*, ya que, el énfasis de la misma se encuentra en el análisis de la información a fin de lograr profundizar sobre el tema a investigar. Además, de describir las cualidades y características del tema propuesto como investigación.
- *Trabajo de gabinete*, porque, se centra en la búsqueda y uso de bibliografía en las bibliotecas, así como en la clasificación y análisis crítico de las fuentes documentales.

1.4.2. Enfoque de investigación.

El enfoque de investigación es *teórico conceptual* cuyo propósito es examinar la disposición normativa contenida en la parte final del último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política de Perú de 1993 a fin de formular la mejor interpretación posible de la misma.

1.4.3. Técnicas de investigación.

- *Método de inducción –deducción*, debido a que utilizaremos la inferencia como técnica para la elaboración de los razonamientos o argumentos del presente trabajo. El razonamiento empleado podrá ser inductivo cuando examinemos una parte de un todo y será deductivo cuando partamos de un marco general hacia lo particular.

- *Documental*, a causa de que la presente investigación se centra en la compilación de datos de fuentes documentales. La recolección de datos se centrará en documentos históricos, políticos, legales, teoría del derecho, doctrina constitucional y de Derechos Humanos. Finalmente, indicar que los documentos a utilizar son en soporte de papel y electrónico.

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN EL PERÚ.

2.1. Precisiones preliminares.

Antes señalar que si bien haremos referencia a las distintas constituciones que han tenido vigencia a lo largo de nuestra historia republicana, nos interesa sobre todo la función que han cumplido y en particular la función que han cumplido los estados de excepción.

Creemos que desde esta perspectiva se podrá tener un argumento histórico que sustente, de mejor manera, la tesis defendida en el presente trabajo; es decir, desde la historia, más exactamente desde nuestra historia política y jurídico-constitucional, se presentarán argumentos suficientes para favorecer la revisión jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción.

Por otra parte, se hace necesario determinar qué sentido de función utilizaremos en el presente capítulo. Cómo es de conocimiento de todos nosotros se asigna a la palabra función al menos cinco significados: «función como contribución de la parte al todo, función como relación, función como efecto, función como fin y función como actividad» (Nagel, 1989, citado por Barranco, 2004, p. 39).

Para el presente trabajo utilizaremos el sentido de función como efecto (Nagel, 1989, citado por Barranco, 2004, p. 39; Soriano, 1997, p.381 y ss.); es decir, esbozaremos cuáles han sido las consecuencias que han producido, en la historia constitucional y en la defensa de los derechos fundamentales de los peruanos y peruanas durante nuestra vida republicana, la regulación y aplicación de los regímenes de excepción en el sistema constitucional peruano.

También nos interesa este significado de función porque es posible conectarlo con otro término jurídico, más exactamente jurídico constitucional. La expresión a la que nos referimos es constitución en sentido material (Guastini, 2007, p. 37). Al igual que la palabra función, esta presenta varios significados. Para el presente trabajo la constitución en sentido material alude al «régimen político vigente en un Estado» (2007, p. 38); es decir, al verdadero acomodo y articulación de los organismos políticos desde una perspectiva diacrónica, sin tener en cuenta lo regulado por los correspondientes textos constitucionales (pp. 38 y 39).

2.2. El nuevo orden estatal peruano tras el proceso de Independencia.

Parece ser que la independencia peruana no fue necesariamente un asunto principista (Céspedes, 2009, p. 460; Klarén, 2013, p. 160 y ss.; Lynch, 2010, p. 171). La llegada de San Martín al Perú, simultáneamente

«con la rebelión liberal en España, que inmovilizó el contingente de tropas peninsulares que debía trasladarse para luchar contra las fuerzas independentistas y que favoreció una ola de deserciones en las guarniciones españolas en América, determinaron un brusco cambio en algunos sectores de la aristocracia criolla. Sólo entonces se inclinaron a la causa independiente, pero como un medio para preservar la

dominación colonial de la población popular en vista de los acontecimientos españoles. De esta suerte, ***la independencia política resulta ser un movimiento contrarrevolucionario²***» (Cotler, 1987, pp. 65 y 66).

Esto significó que la independencia no fue más que una solución de continuidad entre la colonia y el naciente estado peruano³; es decir, nos constituimos como Estado manteniendo el *statu quo* colonial: una economía de exportación, sociedad de castas y el consiguiente racismo, ilustración y liberalismo criollo conservador y presencia de la iglesia católica así como militar.

2.2.1. Economía de exportación.

Después de la independencia el desarrollo económico del país siguió el camino trazado durante la colonia; de esta forma, los criollos protegieron «sus intereses económicos y financieros [que]⁴ estaban íntimamente ligados al antiguo régimen» (Klarén, 2013, p. 160). La exportación de productos agrarios y mineros (Cotler, 1987, p. 88) mantuvo la dependencia económica con Europa y más tarde con los Estados Unidos de Norteamérica. Esta economía propició, por lo general, un desarrollo desequilibrado dentro del país, una dependencia excesiva con la demanda exterior e impidió transformar nuestra economía «en una economía moderna, capitalista y sumamente especializada» (Céspedes, 2009, pp. 118 y 119; Cotler, 1987, p. 33 y ss.; Lynch, 2010, p. 335 y ss.).

² El resaltado es nuestro.

³ Para una opinión contraria véase: (NUGENT, Lima, 2005, p. 12).

⁴ El añadido entre corchetes es nuestro

También indicar que para obtener un excedente de capital la estructura económica se diseñó sobre la base de la explotación de los pueblos indígenas y la esclavitud de los afros descendientes. De la mita, el tributo indígena y la venta forzosa de bienes a los indígenas pasamos, con la independencia, al «servicio de la república» - el modo republicano de llamar a la mita - a la «contribución indígena» – el modo republicano del tributo indígena – y se mantuvo la esclavitud (Cotler, 1987, p. 88; Klarén, 2013, pp. 95 y 175 y ss.).

2.2.2. Sociedad de castas y racismo.

Previamente, señalar que la organización en castas o estamental de la sociedad durante el virreinato peruano y durante buena parte del siglo XIX no presentó características similares a las típicas sociedades de castas; es decir, grupos fuertemente cerrados, endógamos y estratificados (Harris, 1998, p. 308 y ss.). En nuestro caso, este tipo de ordenación de la sociedad no impidió cierto nivel de movilización social, pero no fue lo suficientemente intensa como para permitir el surgimiento de las clases sociales (Céspedes, 2009, p. 212; Lynch, 2010, p. 30).

La sociedad de castas o estamental se expresó no sólo en la consabida división entre república de españoles y república de indios sino también en el fraccionamiento del orden social entre «*gente decente*» y «*gente vil mestizos*» (Céspedes, 2009, p. 212). En la primera encontramos a los españoles, criollos, mestizos castellanizados y la nobleza indígena equiparada a los castellanos; estos últimos, después de la rebelión de Túpac Amaru II son incluidos en la categoría general de indios (Klarén, 2013, p. 158). Y en la segunda, encontramos a los «mestizos ilegítimos, mulatos, zambos, negros libres, esclavos e indios» (Céspedes, 2009, p. 212).

Tal como mencionamos líneas arriba, un componente de la sociedad estamental es el racismo; por lo que una de las razones para apoyar la causa independentista fue la de ejercer un control sobre los demás estamentos para que no amenacen la posición y propiedades de la gente decente (Klarén, 2013, p. 160; Lynch, 2010, p. 159 y ss.).

Así pues, el Perú post colonial se caracteriza por ser una sociedad estamental – dentro de cada estamento un marcado fraccionamiento – patriarcal, jerárquica y desigual. A la raza, la ascendencia y la propiedad que configuran los estamentos se suma la desigualdad de género, cuyas consecuencias negativas aún se observan en la sociedad peruana⁵.

2.2.3. La Ilustración y liberalismo criollo conservador.

La ilustración criolla, de carácter conservador, significó una progresiva fe en la razón y la experimentación, por consiguiente, una lucha contra el oscurantismo. También, criticó el trato indigno a los indios, el sistema monopolístico hispánico, así como su intolerancia. Por otra parte, defendían el buen gobierno y la igualdad y libertad entre los criollos; buscaban reformar más no separarse de la metrópoli (Céspedes, 2009, p. 429; Klarén, 2013, p. 166; Lynch, 2010, p. 160).

Y en cuanto al liberalismo criollo, éste fue básicamente económico, pero no político (Céspedes, 2009, p. 429). La igualdad se proclamaba para los iguales; la democracia y soberanía popular son percibidas más como discurso que como práctica política. En términos reales los liberales – y los conservadores – «compartían la idea de una «soberanía aristocrática» que encarnaba su

⁵ Para mencionar un tema actual y que evidencia las restricciones a la autonomía de las mujeres: el asunto del protocolo del aborto terapéutico y la despenalización del aborto, en particular del aborto en casos de violación sexual.

visión esencialmente jerárquica, racista y elitista de la organización social» (Klarén, 2013, p. 179).

2.2.4. La iglesia católica.

El cristianismo y su variante el catolicismo llegan a América con los españoles. Cabe señalar que con la aparición del Estado español – primer Estado moderno de la historia - el factor religioso se constituye en un elemento esencial como consecuencia del contexto histórico en que se consolida; la monarquía y el Estado español se constituyen «como el soporte político de la Contrarreforma» (Arbós, Ferrer y Pérez, 2010, p. 16).

Dicho de otra manera, estas circunstancias hicieron que el Estado español tenga entre sus fines uno religioso,

«el de propiciar dentro del territorio de la monarquía las mejores situaciones y circunstancias para que sus súbditos pudieran lograr la salvación eterna; por ser el Estado confesional y creyente el soberano, este tenía la obligación política de gobernar en cristiano y la obligación ineludible de dar cuenta ante Dios de cómo había cumplido sus deberes y cuál había sido su conducta» (Céspedes, 2009, p. 202).

La estructura de la Iglesia Católica que acompaña a los conquistadores está anclada en la tradición medieval española (2009, pp. 233 y 242); en virtud de ésta los frailes gozan de un gran prestigio social (p. 233). Por otra parte, la iglesia tenía el monopolio de la educación y de la beneficencia, «desempeñando como propias una larga serie de funciones que sólo mucho más tarde comenzaría a asumir el Estado» (p. 234).

Hacia finales siglo XVI la Iglesia Católica cambia⁶ y en particular en las colonias españolas de América. El clero indiano, misional, de espiritualidad medieval y seglar predominantemente se transforma en un clero con «menos fervor y más eficiencia, menos iniciativa y más disciplina, menos atención a las fronteras misionales y más a las ciudades coloniales» (p. 251). A esto debemos sumar la creación del cura párroco⁷ «que sería ante todo un disciplinado burócrata» (p. 251) y la instauración del Santo Oficio, poco activo respecto de España, cuyo rol principal «fue el de aumentar la autoridad de los obispos y establecer una disciplina más rigurosa en el clero» (p. 251).

Esta nueva Iglesia, con una estructura autoritaria, conservadora, paternalista, con una rígida ortodoxia, «prestigiosa y políticamente influyente» (p. 253) y su énfasis en las virtudes pasivas – «humildad, paciencia, renunciación, obediencia» (p. 254) – en vez de las virtudes activas – «amor a la libertad, hambre y sed de justicia, etc.» (p. 254) –, logró consolidar, en primer lugar, una «religiosidad basada en el respeto ciego a la autoridad, la tradición y la rutina» (p. 254) y, en segundo lugar, logró «naturalizar» las posiciones económicas, sociales y políticas que se presentaban en el virreinato del Perú (p. 255).

Al estar establecido por Dios el lugar que las personas ocupan en la sociedad virreinal, por lo que,

«cualquier intento de cambio o mejora de ese orden, salvo en cuestiones de detalle o de santificación personal, sería arrogancia y orgullo, tratar de enmendarle la plana a Dios: un pecado capital. La pobreza material, en si deplorable, significaba, sin embargo, la oportunidad de ejercer la virtud de la paciencia y el sacrificio, por una parte, la caridad por la otra; intentar extirparla, empeño vano «siempre ha habido ricos y pobres». Si la justicia resulta inalcanzable en este «valle de

⁶ Céspedes del Castillo señala que este cambio es consecuencia de las decisiones adoptadas por la Iglesia en el Concilio de Trento. Estas son asumidas por la corona española en el año de 1574 (CÉSPEDES DEL CASTILLO, 2009, p. 250 y ss.).

⁷ Para Nugent el rol del cura fue más importante en la República que en la colonia (NUGENT, 2003, p. 101).

lágrimas», se alcanzaba con toda seguridad, perfecta y administrada por Dios mismo, después de la muerte. La esperanza en el cielo hacía tolerable cualquier frustración, lo que, dicho sea de paso, tuvo grandes ventajas psicológicas para el individuo, su equilibrio interno y su estabilidad emocional» (p. 255).

Otra característica de la iglesia fue su poder económico. Ésta logro acumular, desde inicios del virreinato, debido a los «legados, dotes y rentas» (Klarén, 2013, p. 105), importantes sumas de dinero y de propiedades que con el transcurso del tiempo se «convirtió en una formidable potencia financiera» (2013, p. 124). En la práctica se convirtió en la principal fuente de crédito disponible a inicios del virreinato, a la que luego se sumarían otros grupos de la élite colonial (Céspedes, 2009, p. 453; Klarén, 2013, p. 105). A esto hay que sumarle las exoneraciones tributarias y los privilegios económicos del que gozaba la iglesia (Céspedes, 2009, p. 251). Esta situación cambia con la reforma borbónica, disminuyendo considerablemente las exoneraciones tributarias y los privilegios económicos (2009, p. 415). Y respecto al periodo republicano, podemos decir, *prima facie*, que recuperaron la posición que tenían antes de la reforma, en todo caso está pendiente un estudio exhaustivo del tema.

Por último, ante este panorama, una iglesia rica, atrajo no sólo a personas con verdadera vocación religiosa sino también a los hijos e hijas de los criollos ricos, lo que convirtió a la iglesia en una institución políticamente influyente (p. 253).

2.2.5. La presencia militar.

Las reformas borbónicas no sólo se centraron en los aspectos económicos y administrativos sino también en los aspectos militares. De éste nos interesa centrarnos en los incentivos psicológicos y sociales (p. 405). Preliminarmente, señalar que el ejército reflejó en su organización el carácter estamental de la sociedad virreinal (pp. 408 y 409).

En cuanto a los incentivos psicológicos, tenemos que la reforma acentuó la importancia de la carrera militar dentro del Estado y la superioridad moral de la misma. Se afirmaba que el

«espíritu militar reside en la «interior satisfacción» del deber cumplido aún sin recompensa, el valor demostrado, la capacidad de obediencia ciega y de mando enérgico, el amor a la patria simbolizada en la bandera y encarnada en el rey, la plasmación de todas esas virtudes militares en una conducta que sirva de ejemplo vivo para los subordinados y para la sociedad civil; esto es el «honor militar», cuyo culto engrandece al buen soldado y le supone una recompensa infinitamente mayor que la corta paga». El honor, sin embargo, debe tener algún reconocimiento exterior y tangible; por ello se asocia íntimamente a las *preeminencias* o privilegios que honran al soldado y que este precisa para mantener alta su moral profesional, vivo su espíritu de cuerpo y visible el papel que la milicia cumple como guardián y columna vertebral de la patria» (pp. 405 y 406).

Y respecto de los incentivos sociales, es decir, los privilegios e inmunidades del que gozaban los miembros del ejército, tenemos que estaban exonerados de ejercer cargos municipales así como el de facilitar vivienda, traslado y provisiones a los funcionarios públicos civiles, religiosos y militares; no podían ser apresados por deudas ni ser retenidas sus armas y equipos; se hallaban exonerados de ciertas imposiciones fiscales así como sometidos a jurisdicción especial, la justicia militar (p. 406).

Finalmente, señalar que el prestigio social del ejército está directamente vinculado a los grados más altos a los que sólo accedían los miembros de las

ricas familias criollas. De esta forma unieron al poder económico y político el poder de las armas (p. 409).

2.3. El Estado tutelar republicano.

Como podemos observar la República no es más que una solución de continuidad del orden colonial; se funda sobre una sociedad estratificada, jerárquica y desigual. En este orden social, la acción política sigue siendo ejercida por la élite criolla; en la que participan la iglesia y el ejército.

Este nuevo Estado tutelar se caracteriza por ser «patriarcal, patricio y paternalista» (Klarén, 2013, p. 175) en el cual las élites actuaban como un buen *pater familias* (Nugent, 2005, p.6 y ss.) que buscaban proteger a los miembros de los demás estamentos sociales o castas y a las mujeres. Los indios, mestizos, afrodecendientes y las mujeres son considerados ««menores de edad»: inferiores sociales e incapaces de encargarse de sí mismos» (Klarén, 2013, p. 177).

Pues bien, la República impone un ««orden tutelar»» (Nugent, 2005, p.6 y ss.) que se caracteriza – como ya hemos tenido oportunidad de ver líneas arriba – por su estructura económica de exportación (la hacienda y la minería), por ser estamental, el caudillaje militar, rol político de la Iglesia, la subordinación, el clientelaje y la corrupción.

Interesa resaltar el papel del ejército y de la Iglesia Católica– quienes son los titulares del patriotismo tutelar y de la moral tutelar – por su incidencia en la consolidación del *statu quo* en el nuevo contexto político, la República (Nugent, 2005, p.7). Tanto la épica como la admonición tienen como presupuesto la existencia de una sociedad de súbditos, en la cual se niega a la mayoría de la población – entre ellos, los indígenas, afrodecendientes y las

mujeres - el ser sujetos con voluntad racional o con autonomía individual, lo que a su vez expresa que no todos somos titulares de una igual distribución del «derecho-poder de participar en las decisiones colectivas» (Bovero, 2002, p.29) y en la ausencia de una responsabilidad ciudadana (Nugent, 2005, pp.18 y 20).

La Iglesia Católica instala en el «orden tutelar» la virtud pública del perdón, no busca que los gobernantes y gobernados sean responsables ante la sociedad sino ante Dios⁸. Y en el caso del ejército, éste se asume como el «guardián y columna vertebral de la patria» (Céspedes, 2009, p. 406) y tienen la épica «como figura discursiva» (Nugent, 2005, p.7); es decir, la realización de hechos heroicos, vinculados, en primer lugar, con la defensa de la integridad territorial (Nugent, 2005, p.24 y ss.) y después contra todo aquello que intente subvertir el orden tutelar.

2.4. Caracterización del ordenamiento jurídico del Estado tutelar.

Para el desarrollo de este apartado mencionaremos, en primer lugar, la nueva situación del Derecho, en el ámbito internacional, en el contexto la Ilustración y del Constitucionalismo y de los cambios políticos producidos en el Reino Unido, Los Estados Unidos de Norteamérica y Francia. Y, en segundo lugar, compararemos esta nueva situación con lo ocurrido en el Perú.

⁸ La jerarquía de la Iglesia Católica ha recurrido a la ética pública del perdón, por ejemplo, con ocasión de la promulgación de la ley de amnistía para «militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980» según el artículo 1 de la Ley N° 26479. La Jerarquía de la iglesia católica había argumentado que «es necesario *perdonar* para alcanzar la reconciliación» (PASARA e INDACOCHEA, 2014, p. 24).

2.4.1. El contexto internacional.

Antes de entrar al tema que nos ocupa, nos interesa mencionar la situación del Estado moderno y del constitucionalismo para establecer las semejanzas y diferencias con la nueva República y, por último, caracterizar el nuevo ordenamiento jurídico constitucional de la naciente república peruana.

Al momento de la independencia del Perú se habían producido en occidente la consolidación del parlamentarismo inglés, la revolución americana y la revolución francesa. Estos sucesos fueron consolidando un tipo de Estado que en líneas generales podemos llamar Estado de Derecho y que en su versión estadounidense incluye el *judicial review of legislation* (Zolo, 2003, p. 26 y ss.).

Este Estado se caracterizó por:

- 1.- El «protagonismo de la ley, expresión de la voluntad general y de la soberanía de la nación» (Fioravanti, 2004, p. 23 y ss.).
- 2.- La aparición de la administración pública como el encargado de llevar a cabo lo dispuesto por la ley con la finalidad de dar solución a las exigencias específicas de los ciudadanos (2004, p. 23 y ss.).
- 3.- La uniformización de los derechos; es decir, el paso de los derechos estamentales a los derechos individuales en virtud del principio de igualdad y «la *unidad del sujeto de derecho*» (p. 23 y ss.), por la cual todos los ciudadanos utilizan las mismas herramientas jurídicas, reguladas en la ley estatal, «que es igual para todos» (p. 23 y ss.).

Y entre los valores y técnicas del constitucionalismo, al momento de la independencia del Perú, tenemos (Barbera, 2000, pp. 4 y 5)⁹:

1.- La autonomía de la esfera política respecto de la religiosa. El derecho y el Estado tienen su fundamento en la voluntad general de los asociados (2000, p. 4).

2.- Separación del Estado y la Iglesia (2000, p. 4).

3.- El ordenamiento jurídico que tiene su fundamento en una decisión soberana del pueblo. Para el caso estadounidense en la Constitución, que también es expresión de una decisión soberana del pueblo (2000, p. 4).

4.- El poder soberano del Estado encuentra su legitimación en una decisión del pueblo o de la nación (2000, pp. 4).

5.- La ciudadanía como título de legitimación de derechos y deberes. Se proscriben la pertenencia a un estamento o casta o clase como título de legitimación de derechos (2000, p. 4).

6.- Primacía de los derechos del hombre y la subordinación de los poderes públicos a estos (2000, p. 4).

7.- El principio de mayoría como principal técnica de toma de decisiones políticas (2000, p. 4).

8.- El soberano – el pueblo y también sus gobernantes - se encuentra sujeto a la ley (2000, p. 5).

.

9.- La separación o limitación de poderes y la técnica del gobierno mixto (2000, p. 5).

⁹ La traducción del italiano es nuestra.

10.- El poder legislativo se sostiene sobre un congreso o parlamento electivo en al menos una de sus cámaras. Prevalencia de la ley escrita, entendida como norma general y abstracta (2000, p. 5).

11.- Tutela de los derechos de los ciudadanos a cargo de un órgano independiente, el poder judicial (2000, p. 5).

12.- El control de constitucionalidad de las leyes, inicialmente en Estados Unidos de Norteamérica. Dicho control se consolida en 1803 con la causa Marbury vs. Madison resuelta por el juez Marshall. Esta institución se afirma después de la segunda guerra mundial en otros países (2000, p. 5).

Pues bien, a partir de la caracterización del Estado como Estado de Derecho y de los valores y técnicas del constitucionalismo podemos determinar cuáles eran las características del Estado tutelar republicano y de su ordenamiento jurídico, surgido con la independencia del Perú.

2.4.2. Características jurídico-constitucionales del Estado tutelar.

En cuanto al Estado de Derecho, recordar que éste «attribuisce all'ordinamento giuridico la funzione primaria di tutelare i diritti civili e politici, contrastando a questo fine l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione» (Zolo, 2003, p. 45).

Pues bien, en una sociedad y Estado caracterizado por su conformación estamental y dentro de éstas por su fragmentación se hace difícil cumplir con los postulados del Estado de Derecho: el carácter general de la ley, la unidad del sujeto de derechos, la igualdad jurídica y la certeza del derecho (2003, p. 37 y ss.; Pásara, 2014, p. 30 y ss.) y la aparición y desarrollo de la

administración pública como entidad encargada de concretar la voluntad general contenida en la ley (Fioravanti, 2004, p. 23 y ss.).

En lo relativo al protagonismo de la ley, el Estado tutelar necesita para poder mantener el *statu quo*, dejar «espacios libres» - que por lo general eran monopolizados por los hacendados - de su presencia (Nugent, 2005, p. 13), en los cuales la aplicación o no de la ley está sujeta «a negociación, disputa, manipulación y corrupción, alcanzando una forma maleable, a disposición de las fuerzas en disputa, que desvirtúa por completo la noción de estado de derecho» (Pásara, 2014, p. 40). Esta situación a su vez afectó gravemente el principio de seguridad jurídica y la certeza del derecho.

Respecto a la Administración Pública, tal como hemos señalado líneas arriba, la existencia de «espacios libres» hacía imposible la presencia del Estado a través de la misma. Paralelamente, la corrupción y el clientelismo hicieron que la Administración Pública creciera en función a satisfacer los intereses de los sectores leales al líder de turno y no en función al bien común¹⁰. En este sentido la administración pública estaba lejos de concretar la voluntad general contenida en la ley.

En lo tocante a la generalización de los derechos, esto fue más retórico que real. Así tenemos que, durante buena parte de nuestra vida republicana, para el ejercicio del derecho a elegir o ser elegido, se exigieron ser varón¹¹ o tener determinada renta o ser propietario¹² o saber leer y escribir¹³. Esto,

¹⁰ Esta característica de la administración pública aún subsiste lamentablemente. Tenemos una administración pública corrupta y clientelista poco eficiente y eficaz y ausente en varias partes del país.

¹¹ **Constitución de 1920:**

«Art. 62º.- Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de 21 años y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad.»

«Art. 66º.- Gozan de derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir.»

¹² **Constitución de 1867:**

«Art.47º.-En todas las provincias se elegirá un representante Propietario y un Suplente, aunque la población no llegue a quince mil habitantes. Cuando el número de habitantes sea mayor, se elegirá un Representante por cada veinticinco mil habitantes y otros por las fracciones que pasen de quince mil».

¹³ **Constitución de 1933:**

«Artículo 84.- Son ciudadanos los peruanos varones mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados.»

evidentemente, afectó el principio de igualdad, principio fundamental de todo Estado democrático, al impedirse el ejercicio pleno de estos derechos a todas las mujeres y a las personas analfabetas, los pobres, afrodescendientes e indígenas del país.

Y en cuanto a los valores y técnicas del constitucionalismo, el Estado tutelar tiene una Constitución escrita, pero que es considerada como un documento lleno de buenos propósitos, sin mayor influencia en la vida política y jurídica del país. Las Constituciones han sido, mayoritariamente, documentos con «efectos simbólicos, sin mucha aplicación práctica» (2014, p. 87).

Es decir, la Constitución no fue considerada como un documento jurídico – político que contenía las reglas básicas de la convivencia social y política de la República. En realidad, casi todos los documentos jurídicos producidos durante la república, entre ellos las Constituciones, «quedaron restringidos al ámbito de los textos, manteniéndose así una continuidad con el estilo del régimen colonial, que las declaraciones de independencia no alteraron» (p. 79).

Interesa resaltar que el principio de igualdad, recogido en todas las constituciones de la República¹⁴, carecerá de eficacia real. En el Estado tutelar

«Artículo 86.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que lo hayan llegado a su mayoría.»

¹⁴ **Constitución de 1823:** «Art. 23º.- Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios.»

Constitución de 1826: «Art. 142º.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.»

Constitución de 1828: «Art. 149º.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que sigue.»

Constitución de 1834: «Art. 158º.- Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue.»

Constitución de 1839: «Art. 160º.- Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue.»

Constitución de 1856: «Art. 31º.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no por solo la diferencia de personas.»

Constitución de 1860: «Artículo 32.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no sólo la diferencia de personas.»

Constitución de 1867: «Art. 30o.-Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no por sólo la diferencia de las personas.»

Constitución de 1920: «Art. 17º.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos.

y durante gran parte del siglo XX, no se presume la igualdad de todos los miembros de la sociedad – no existe contrato social –; las relaciones humanas se rigen por las cuotas de poder que cada uno posee, por la subordinación y la lealtad al *pater familias* gobernante. Esta situación hace que la obediencia a la Constitución y ley tenga su fundamento en la cercanía a quien ejerce el poder y no en la obligación política de obedecerlos ya que son «expresión de la voluntad general y de la soberanía de la nación» (Fioravanti, 2004, p.23). Podemos afirmar que al inicio de nuestra vida republicana hemos querido constitución sin igualdad y sin constitucionalismo.

En lo concerniente a la autonomía de la esfera política respecto de la religiosa y de la separación Estado – Iglesia, ésta ha sido más declarativa que efectiva. Desde el punto de vista normativo, todas las constituciones que han tenido vigencia en el Perú¹⁵ reflejan la influencia de la Iglesia Católica en la vida

Podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas.»

Constitución de 1933: «Artículo 23.- La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrán expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por las diferencias de personas.»

Constitución de 1979: «Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.»

Constitución de 1993: «Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.»

¹⁵**Constitución de 1823:** «ARTICULO 8º.- La religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra».

ARTICULO 9º.- Es un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente.

Constitución de 1826: «Art. 6º.- La Religión del Perú es la Católica, Apostólica y Romana.»

Constitución de 1828: «Art. 3º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana. La Nación la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna.»

Constitución de 1834: «Art. 2º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, La Nación la protege por todos los medios conformes al Espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna.»

Constitución de 1839: «Art. 3º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto.»

Constitución de 1856: «Art. 4º.- La nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana.

El Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna.»

Constitución de 1860: «Artículo 4.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna.»

Constitución de 1867: «Art.3o.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna.»

política del país. Desde la práctica política, el poder político de la Iglesia Católica se ha expresado en su cercanía al gobernante de turno o exigiendo una determinada interpretación de las disposiciones normativas constitucionales como, por ejemplo, la relativa al concebido y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres o la interrupción del embarazo.

Respecto de la separación o equilibrio de poderes e independencia del poder judicial, ésta ha sido recogida por todas las constituciones¹⁶ que han tenido

Constitución de 1920: «Art. 5º.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. EL Estado las protege.»

Constitución de 1933: «Artículo 232.- Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos.»

Constitución de 1979: «Artículo 86.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones.»

Constitución de 1993: «Artículo 50º. - Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.»

¹⁶ **Constitución de 1823:** «ARTICULO 28º.- Consiste su ejercicio en la administración de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judiciario, en que quedan divididas las principales funciones del Poder Nacional.»

«ARTICULO 29º.- Ninguno de los tres Poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.»

Constitución de 1826: «Art. 9º.- El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial.»

«Art. 10º.- Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos.»

Constitución de 1828: «Art. 8º.- Delega el ejercicio de su soberanía en los tres Poderes: Legislativo, ejecutivo y Judicial, en que quedan distinguidas sus principales funciones.»

«Art. 9º.- Ninguno de los tres Poderes podrá salir jamás de los límites prescritos por esta Constitución.»

Constitución de 1834: «Art. 8º.- Delega el ejercicio de su soberanía en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.»

«Art. 9º.- Ninguno de los tres poderes puede salir de los límites prescritos en esta Constitución.»

Constitución de 1839: «Art. 13º.- El ejercicio de la soberanía reside en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.»

«Art. 14º.- Ninguno de los tres Poderes, podrá salir de los límites que le prescribe la Constitución.»

Constitución de 1856: «Art. 42º.- Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución.»

Constitución de 1860: «Artículo 43.- Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución.»

Constitución de 1867: «Art. 44o.-Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución.»

vigencia en el Perú, siendo su importancia más retórica que real. Esto debido al rol preponderante del Poder Ejecutivo. La acción política del ejecutivo, en un contexto autoritario y de competencias exorbitantes, se ha caracterizado por desgastar los órganos democráticos (Quiroz, 2016, p. 38). No ha sido infrecuente su intromisión en el Poder Legislativo por parte del poder ejecutivo¹⁷; con lo que el principio de mayoría como característica principal de la toma de decisiones se ha visto seriamente menoscabado en reiteradas oportunidades.

En cuanto al Poder Judicial la situación no ha sido distinta, a la ya mencionada acción política autoritaria del ejecutivo, hay que sumar «la propia tradición institucional de subordinación y la carencia de sustento popular que padece el poder judicial» (Pásara, 2014, p. 49). Las formas de subordinación han sido diversas, desde la modificación del ordenamiento jurídico judicial, el desembolso tardío de su presupuesto, separación de jueces o la ampliación de los cargos en las cortes supremas (2014, p. 49).

Finalmente, señalar que la formación del Estado tutelar republicano y su posterior desarrollo y evolución ha incorporado elementos del constitucionalismo moderno pero que aún estamos lejos de su incorporación plena en la estructura mental y cultural, así como en la práctica no sólo de los políticos y políticas sino también de todos los peruanos y peruanas.

Constitución de 1920: «Art. 69º.- Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución.»

Constitución de 1933: Al menos la división de poderes se deduce del contenido de las diferentes disposiciones normativas que contenía la mencionada constitución.

Constitución de 1979: La división de poderes y la independencia del poder judicial se deduce del contenido de las diferentes disposiciones normativas que contenía la mencionada constitución.

Constitución de 1993: «Artículo 43º. - La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.»

«Artículo 139º. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.»

¹⁷ A nadie escapa que la elección de la Presidenta del Congreso - Ana María Solórzano - fue una decisión tomada primero en el Palacio de Gobierno y comunicada luego al legislativo.

2.5. La función de las declaratorias de los regímenes de excepción en la historia constitucional peruana.

Antes de empezar el presente subcapítulo conviene precisar que no mencionaremos los diversos acontecimientos históricos, que han ocurrido en estos casi dos siglos de existencia republicana, en que se aplicó el régimen excepción con un propósito distinto al de defender la Constitución, los derechos fundamentales de las personas, el principio democrático, el estado de derecho, etc. Nos centraremos en el periodo de la violencia política que abarcó la década de los ochentas y mediados de los noventas.

Pues bien, de lo expresado hasta el momento podemos decir que las declaratorias de los regímenes de excepción o sus equivalentes, sirvieron durante el desarrollo de nuestra vida republicana, a finalidades distintas para las que fueron previstas. Como ya hemos dicho líneas arriba, las constituciones tuvieron un valor simbólico, por lo que el uso del derecho de excepción, probablemente, no haya sido para defender la Constitución.

Dicho de otro modo, en nuestra historia constitucional la finalidad de los regímenes de excepción no fue «defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica» (STC 00017-2003, AI, Fj. 18, h) democrática ni los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas.

Por otra parte, poner de manifiesto, en primer lugar, que a partir de la Constitución de 1979 el constitucionalismo peruano hace suyos los postulados de la tradición liberal democrática. A su vez y, en segundo lugar, se regula de una mejor manera los regímenes de excepción respecto de las anteriores constituciones¹⁸ que estuvieron vigentes en el país.

¹⁸ En las distintas constituciones del Perú se pueden encontrar disposiciones normativas que pudieron servir para aplicar el derecho de excepción.

Constitución de 1823: «ARTICULO 81º.- Limitaciones del Poder Ejecutivo:

4.- No puede privar de la libertad personal a ningún peruano; **y en caso de que fundadamente exija la seguridad pública** el arresto o detención de alguna persona, podrá ordenar lo oportuno, con la

indispensable condición de que dentro de veinticuatro horas pondrá al detenido a disposición de su respectivo Juez.»

Constitución de 1826: «Art. 123º.- *Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la República exigiere la suspensión* de algunas de las formalidades prescritas en este Capítulo, podrán las Cámaras decretarlo. Y si éstas no se hallasen reunidas, podrá el Ejecutivo desempeñar esta misma función, como medida provisional, y dará cuenta de todo en la próxima apertura de las Cámaras, quedando responsable de los abusos que haya cometido.»

«Art. 133º.- Les está prohibido todo conocimiento judicial; *pero si la tranquilidad pública exigiese la aprehensión de algún individuo*, y las circunstancias no permitieren ponerlo en noticia del Juez respectivo, podrán ordenarla desde luego dando cuenta al Juzgado que compete, dentro de cuarenta y ocho horas.

Cualquier exceso que cometan estos magistrados, relativo a la seguridad individual, o a la del domicilio, produce acción popular.»

Constitución de 1828: «Art. 91º.- Son restricciones del Poder Ejecutivo:

5.- No puede privar de la libertad personal, y *en caso de que lo exija la seguridad pública* podrá librar orden de arresto, debiendo poner dentro de cuarenta y ocho horas al detenido a disposición del Juez respectivo.»

Constitución de 1834: «Art. 86º.- Son restricciones del Poder Ejecutivo:

5º.- No puede privar de la libertad personal, y *en caso de que así lo exija la seguridad pública*, podrá librar orden de arresto, debiendo poner dentro de cuarenta y ocho horas al detenido a disposición del juez respectivo.»

Constitución de 1839: «Art. 55º.- Son atribuciones del Congreso:

26.- Declarar cuándo la República esté en peligro, y otorgar detalladamente al Presidente las facultades que juzgue bastantes para salvarla, designándole el tiempo y lugares en que debe usarlas, y con obligación de dar cuenta al Congreso, del uso que de ellos haya hecho.»

Constitución de 1856: «Art. 55º.- Son atribuciones del Congreso:

20º.- Declarar cuándo la República está en peligro y dictar dentro de la esfera constitucional, las medidas convenientes para salvarla.»

«Art. 89º.- Son atribuciones del Presidente de la República:

10a. Disponer de la Guardia Nacional en sus respectivas provincias, sin poder sacarla de ellas sino en caso de sedición en las limítrofes, o en el de guerra exterior.»

Constitución de 1860: «Artículo 59.- Son atribuciones del Congreso:

20. Declarar cuándo la Patria esté en peligro; y suspender por tiempo limitado las garantías consignadas en los artículos 18o., 20o. y 29o.»

«Artículo 94.- Son atribuciones del Presidente de la República:

10. Disponer de la Guardia Nacional en sus respectivas provincias, sin poder sacarlas de ellas, sino en caso de sedición en las limítrofes, o en el de guerra exterior.»

Constitución de 1867: «Art. 59o.-Son atribuciones del Congreso:

21o.-Declarar cuando la Patria está en peligro, y dictar dentro de la esfera constitucional las medidas convenientes para salvarla.»

«Art. 85º.- Son atribuciones del Presidente de la República:

10º.- Disponer de la Guardia Nacional en sus respectivos departamentos, sin poder sacarla de ellos sino en caso de sedición en los limítrofes o en el de guerra exterior.»

Constitución de 1920: «Art. 35º.- Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.»

«Art. 36º.- El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiese lugar se pueda sentenciar a los inculpados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35º.»

Constitución de 1933: «Artículo 70.- Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56o., 61o., 62o., 67o., y 68o. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ella.

El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto. La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías.»

Y, en tercer lugar, indicar que apenas nos iniciamos en la tradición constitucional antes mencionada, principia en el Perú uno de los momentos más aciagos de nuestra historia republicana; empieza la violencia terrorista de sendero luminoso y el movimiento revolucionario Túpac Amaru.

Estos acontecimientos pusieron en evidencia que los principales postulados del liberalismo democrático – salvaguarda de los derechos fundamentales, la igualdad, defensa de la democracia, separación de poderes, la independencia del poder judicial, etc. – no eran compartidos de modo pleno por un importante sector de la ciudadanía y de los gobernantes. Una vez más nos encontramos ante el divorcio entre Constitución y realidad. Estos acontecimientos

Constitución de 1979: «Artículo 231. El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta la Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que es este artículo se contemplan:

a. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad de reunión y de inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9 y 10 del Artículo 2 y en el inciso 20 g del mismo Artículo 2. En ninguna circunstancia se puede imponer la pena de destierro. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República.

b. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, o guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.»

Constitución de 1993: «Artículo 137°. - El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.»

demonstraron que para muchos la Constitución seguía teniendo «sólo efectos simbólicos, sin mucha aplicación práctica» (Pásara, 2014, p. 87).

Durante dicho periodo y sobre todo al inicio de la década de los noventa casi el cuarenta por ciento del territorio nacional y más del cincuenta por ciento de la población vivía en zonas declaradas en emergencia (Klarén, 2013, p. 490). Desde la primera declaración del estado de emergencia, en diciembre de 1982 en el Departamento de Ayacucho (2013, p. 460), se da inicio a un proceso en virtud del cual lo excepcional se convierte en lo normal; de esta forma más de la mitad de la población peruana vivía en un estado permanente de excepcionalidad y sin contar con las garantías constitucionales y legales para salvaguardar sus derechos fundamentales.

A esta situación se suma «los métodos represivos de las Fuerzas Armadas que durante ciertas coyunturas se volvieron «prácticas sistemáticas» de violación de derechos humanos» (Contreras y Cueto, 2010, p. 377); es decir, «las fuerzas de contrainsurgencia del ejército siguieron, en esencia, la táctica de la represión indiscriminada practicada por los sinchis, aunque en forma mucho más devastadora y eficiente. Está represión, junto con el creciente número de ataques de los senderistas, tuvo como resultado un número más elevado de bajas, principalmente civiles inocentes cogidos en el fuego cruzado [...]» (Klarén, 2013, p. 461).

Se estima que durante este periodo se produjo el «mayor número de víctimas de toda la historia de la república» (Contreras y Cueto, 2010, p. 346), cuya cifra superaba las 69,000 víctimas (2010, p. 360 y 377) y miles de personas fueron desplazadas a otras regiones del país, en particular en Lima.

También, en esta época, se promulga la Ley del Comando Político Militar (Ley N° 24150, 1985) (Decreto Legislativo N° 749, 1991) que estableció «que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio» (Ley N° 24150, Art. 1, 1985). Se reguló, de este modo, competencias exorbitantes para las Fuerzas Armadas, contraviniendo la

Constitución. Por otra parte, la vigencia de este documento jurídico significó la vulneración del principio democrático en los territorios declarados en emergencia.

Con ocasión de examinar la constitucionalidad del inciso e) del artículo 5 de la Ley N° 24150¹⁹ el Tribunal Constitucional ha señalado que

«contraviene el artículo 169° de la Constitución la atribución al Comando Político Militar de la facultad de solicitar el cese de una autoridad administrativa o política por abandono del cargo, o, en su caso, después de constatado aquello, el nombramiento de uno nuevo, pues, igualmente, se trata de una competencia que no se encuentra dentro de los alcances del control del orden interno. Asimismo, es inválido que la disposición analizada haya previsto la facultad de solicitar el cese o, en su caso, el nombramiento de una nueva autoridad política, por vacancia, puesto que tratándose de autoridades cuyo acceso está sujeto a las reglas del principio democrático, el modo de nombramiento y las formas de reemplazarlo no forman parte de la tarea constitucionalmente asignada de controlar el orden interno» (STC 00017-2003, AI, Fj. 97).

Para finalizar, podemos concluir que desde una perspectiva histórica existen razones suficientes para considerar la posibilidad de revisar, en sede jurisdiccional, los documentos jurídicos que formalizan el inicio o prórroga de los regímenes de excepción.

¹⁹ «Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

e) Solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de las autoridades políticas y administrativas de su jurisdicción en caso de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones.»

CAPÍTULO III

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECLARACIONES DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

En el presente capítulo mostraremos el estado actual del control jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción en el derecho constitucional comparado. Para ello, determinaremos los niveles de comparación y el modelo de referencia.

En cuanto a los niveles de comparación recurriremos a lo que en el derecho comparado se denomina microcomparación y comparación en sentido restringido, horizontal y sincrónico. La primera alude a la comparación entre instituciones específicas reguladas en dos o más ordenamientos jurídicos (Pegoraro y Rinella, 2006, p. 66) (Vergottini, 1987, p. 191) (Biscaretti, 1997, p. 79). Las segundas se refieren a que se comparan instituciones vigentes, del mismo nivel jerárquico, contemporáneas (Pegoraro y Rinella, 2006, p. 65).

Finalmente, indicar que la comparación que presentaremos se centra en el ámbito latinoamericano, debido a que varios Estados, de dicha región, han enfrentado o presentan conflictos socio político similares a los nuestros y han recurrido – entre otras medidas – a las declaraciones de los estados de excepción para solucionarlos.

3.1. Determinación del modelo de referencia.

El modelo de referencia del juicio comparativo al que recurriremos en el presente trabajo es el proporcionado por los Derechos Humanos.

3.1.1. Justificación.

Para justificar dicha elección presentamos los siguientes argumentos:

a. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales como una teoría de la justicia que comparten los mismos fundamentos iusfilosóficos. La idea de los Derechos Humanos como «una teoría de la justicia» (González, J, 2004, p. 34), es expresión de un consenso a partir de una argumentación racional (2004, p. 21) práctica, que busca establecer un patrón universal básico de justicia común a todos los seres humanos (Legarre y Orrego, 2010, p. 11 y ss.).

Los Derechos Humanos como una teoría de la justicia liberal basada en derechos que se sustenta en los principios «de autonomía, el de inviolabilidad y dignidad de la persona y el de ciudadanía» (González, J, 2004, p. 494), cuyo fundamento último se encuentra en la «consideración de los individuos como agentes morales racionales [...]» (2004, p. 494).

Mutatis mutandi, los derechos fundamentales, reconocidos por la actual Constitución Política del Perú, «son una teoría de la justicia» (p. 35) particular, es decir una teoría de la justicia válida para el Estado peruano.

Pues bien, los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales considerados como una teoría de la justicia, basada en derechos, aluden «a una determinada propuesta ideal de ordenación social que ofrece respuestas

a las principales cuestiones relacionadas con la vida humana en sociedad [...]» (2004, p. 33 y 34). Estos actúan como parámetro ético para «juzgar la actuación de la autoridad y la legitimidad de las instituciones y las leyes» (2004, p. 32). Así mismo nos permiten diseñar un modelo ideal del régimen de excepción a partir del cual podemos cuestionar el modelo regulado en nuestro ordenamiento constitucional (p. 31).

Al considerar los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales como una teoría de la justicia estamos afirmando que en un sistema normativo ideal, los hombres y las mujeres poseen estos derechos y que los ordenamientos jurídicos de cada Estado deben, en la medida que las circunstancias los permitan, aproximarse a los mismos, ya sea mediante la actividad legislativa o judicial - someter a la prueba de la interpretación al ordenamiento jurídico -; todo ello con la finalidad de reconocer y garantizar el ejercicio de los derechos.

b. La indudable relación entre los Derechos Humanos y el Derecho constitucional (Cançado, 1992, p. 39 y ss.). Tanto los Derechos Humanos y el derecho constitucional - en particular los Derechos fundamentales – se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y ciudadanas (1992, p. 39 y ss.), aunque desde ámbitos distintos.

c. La relación entre Derechos Humanos y Derecho constitucional a nivel normativo. Como bien sabemos corresponde al Estado el deber primordial de «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (Const., 1993, art. 44). Este deber constitucional sólo puede ser entendido como que el Estado peruano se compromete a *respetar y hacer respetar* o *respetar y asegurar*²⁰ los derechos humanos en todo el territorio del país. Igualmente, esta relación se hace evidente cuando la Constitución señala que los tratados de Derechos Humanos son «aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República» (Const., 1993, art. 56). También, esta relación se puede apreciar cuando la Constitución dispone que las «normas relativas a los derechos y a las

²⁰ Términos usados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Const., 1993, Cuarta Disposición Final).

d. La relación entre Derechos Humanos y Derecho Constitucional a nivel interpretativo. Así tenemos que la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución Política de Perú de 1993 se puede apreciar esta relación a nivel interpretativo.

El Tribunal constitucional ha señalado que

«Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa» (STC 0047-2004, AI, Fj. 22).

Además, el Tribunal Constitucional ha establecido que

«El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones» (STC 5854-2005, PA, Fj. 23).

e. La relación Derechos Humanos y Derecho constitucional en la aplicación de los mismos. El Tribunal Constitucional,

siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que

«Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo [...]» (STC 0007-2007, PI, Fj. 25).

«De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano» (STC 0007-2007, PI, Fj. 26).

Y líneas más adelante el Tribunal Constitucional expresa que es

«imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso» (STC 0007-2007, PI, Fj. 36).

De lo dicho se puede apreciar la repercusión que tienen las sentencias de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos en la delimitación de los derechos fundamentales regulados en las constituciones de los Estados. Y, por otra parte, la obligatoriedad de los Tribunales Constitucionales y ordinarios de recurrir a los tratados internacionales de Derechos Humanos para fundamentar sus fallos.

3.1.2. *El tertium comparationis.*

A continuación, expondremos la definición, causales y principios del estado de excepción propuesto por los derechos Humanos y que utilizaremos como modelo de referencia para la comparación.

a. Definición. Según los Derechos Humanos, el estado de excepción es una institución jurídica, de carácter extraordinario y temporal, que faculta a los Estados a suspender algunas de sus obligaciones en materia de Derechos Humanos para hacer frente a las graves crisis que eventualmente puedan surgir en la vida de un Estado.

La finalidad que persigue esta institución jurídica es la defensa de los derechos humanos, la defensa del orden democrático y la salvaguardia del Estado Constitucional de Derecho y del Principio de legalidad.

b. Causa de los estados de excepción. Entre las diversas situaciones que pueden poner en peligro la vida del Estado tenemos las siguientes: las catástrofes naturales o ambientales; los conflictos armados y las perturbaciones internas – actos de violencia o confrontación -.

Para poder considerar lícitas cualquiera de estas situaciones se debe demostrar que ponen

«en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; [...] o en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones» (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 82).

Además, de acuerdo con el principio de necesidad, los Estados deben justificar que la declaración del régimen de excepción es necesaria y que cada medida específica, tomada en este contexto, también es necesaria. Idea que es afirmada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 29, cuando señala que el estado de excepción y las medidas que suspenden las obligaciones del Estado respecto del Pacto – PIDCP – deben admitirse únicamente

«en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración» (ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, párr. 5).

c. Principios que rigen el estado de excepción.

Antes, señalar que el propósito de estos principios no es otro que el establecer las exigencias que los Estados deben cumplir para declarar el estado de excepción conforme a las normas internacionales (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 49). Los principios reconocidos son los siguientes: «principio de legalidad» (1997, párr. 50), «principio de proclamación» (1997, párr. 53), «principio de notificación» (1997, párr. 59), «principio de temporalidad» (1997, párr. 69), «principio de amenaza excepcional» (1997, párr. 76), «principio de proporcionalidad» (1997, párr. 83), «principio de no discriminación» (1997, párr. 92), «principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho internacional» (1997, párr. 95) y «principio de los derechos intangibles» (1997, párr. 102). De todos estos principios sólo interesa desarrollar el primero de los mencionados. Para los demás puede consultarse el capítulo siguiente de la presente investigación.

El principio de legalidad exige, en primer lugar, «la necesaria preexistencia de normas que lo regulan» (1997, párr. 50) y, en segundo lugar, «la existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas» (1997, párr. 50). Además, ante la eventualidad

de no estar regulada o ante una posible reforma de esta institución, el Relator especial plantea como disposición modelo la siguiente:

«El estado de excepción sólo podrá declararse o prorrogarse de conformidad con la constitución o la ley fundamental y las obligaciones que impone el derecho internacional en esta materia. Para ello, los Estados deberán adecuar su legislación interna a las normas y principios internacionales que regulan la legalidad del estado de excepción. Para evitar reformas legislativas circunstanciales, la regulación del estado de excepción deberá tener rango constitucional y regular todas aquellas situaciones excepcionales (cualquiera sea la denominación) susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos» (párr. 52).

3.2. La revisión jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción en el derecho comparado.

3.2.1. Argentina.

La Constitución argentina regula en el artículo 23²¹ las situaciones de emergencia, que para entender sus alcances se debe concordar con el

²¹ **Constitución de la Nación Argentina**, «Artículo 23.- En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino», http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?infobase=constra.nfo&softpage=browse_frame_pg42 (Visitada por última vez 22/04/2014).

artículo 75 incisos 22²² y 29²³ y el artículo 99 inciso 16²⁴ del mismo texto normativo. De lo cual se puede desprender la posibilidad de que el poder judicial se pronuncie sobre la constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción.

Debemos recordar que la Corte Suprema argentina a finales de la década de los setenta, empieza a controlar judicialmente «las declaraciones y los actos concretos de la aplicación de las situaciones de emergencia» (Fix-Zamudio, 2004, p. 814).

Así tenemos que, en el fallo del 18 de abril de 1977, caso Ana María Pérez M. de Smith, la Corte Suprema argentina señaló que la declaración de las situaciones de emergencia se encuentra sujeta a límites precisos (CSJ, Caso

²² **Constitución de la Nación Argentina**, inciso 22 Artículo 75.- «Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional», http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?infobase=constra.nfo&softpage=browse_frame_pg42 (Visitada por última vez 22/04/2014).

²³ **Constitución de la Nación Argentina**, inciso 29 Artículo 75.- «Corresponde al Congreso: Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo», http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?infobase=constra.nfo&softpage=browse_frame_pg42 (Visitada por última vez 22/04/2014).

²⁴ **Constitución de la Nación Argentina**, inciso 16 Artículo 99.- «El Presidente de Nación tiene las siguientes atribuciones: Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23», http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?infobase=constra.nfo&softpage=browse_frame_pg42 (Visitada por última vez 22/04/2014).

Pérez, 18 de abril de 1977, Fj. 4). Lamentablemente la Corte Suprema argentina no desarrolló esta idea, pero su importancia radica en que, por primera vez, los estados de excepción están sujetos a determinados límites y que pueden judicializarse.

En el fallo del 9 de agosto de 1977, caso Carlos Mariano Zamorano, la Corte Suprema argentina señaló que

«la declaración del estado de sitio por las causales del art. 23 de la Ley Fundamental no es susceptible de revisión por los jueces [...], en cuanto cuestión política en que el juicio prudencial del Congreso y del Ejecutivo es necesario y final para implementar los objetivos de la Constitución. Pero, en cambio, si está sujeta a control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia» (CSJ, Caso Zamorano, 9 de agosto de 1977, Fj. 5).

Por último, el fallo del 20 de julio de 1978, caso Jacobo Timerman, en el cual la Corte Suprema argentina señaló que «el Poder Ejecutivo Nacional tiene la obligación de ejercitar en cada caso, fundada y razonablemente, los poderes de excepción que el confiere el art. 23 de la Constitución Nacional» (CSJ, Caso Timerman, 20 de julio de 1978, Fj. 3). Y a continuación menciona los principios: a) de excepcionalidad del control concebido para preservar el imperio de la Constitución; b) Obligación del Poder Ejecutivo de proporcionar información suficiente a los jueces respecto de cada caso específico; c) examen de razonabilidad, en un doble sentido, el primero referido a la correspondencia entre el derecho afectado y el estado de excepción y, el segundo, la verificación de si existe proporción entre el acto de la autoridad con los fines perseguidos con la declaración del estado de excepción; y d) en todos los casos se debe resolver teniendo en cuenta la situación fáctica y jurídica al momento de dictar la sentencia.

Por otra parte, un sector de la doctrina argentina empezó a considerar el poner límites al ejercicio de los estados de excepción, entre ellos la posibilidad de revisar, en sede judicial, la constitucionalidad de la declaratoria. Así tenemos, por ejemplo, que antes de la reforma de la constitución argentina de 1994, se sostenía, entre otros límites, que los estados de excepción deben someterse a un

«escrutinio estricto de razonabilidad por parte del Poder Judicial, tanto de las causas que determinan el dictado y perdurabilidad del estado de sitio, como de la vinculación de las medidas específicas tomadas con esas causas, y la razonabilidad general de estas mismas medidas [...]» (Nino, 2013, p. 493).

3.2.2. Colombia.

Sobre el tema que nos ocupa, la Constitución colombiana señala en el inciso 6 del artículo 214²⁵ y en el párrafo del artículo 215²⁶ que la Corte Constitucional colombiana declarará la constitucionalidad o no de los decretos legislativos dictados en ocasión de la declaración de los estados de excepción²⁷.

²⁵ **Constitución Política de Colombia**, «Artículo 214.- Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento», <http://www.camara.gov.co/portal2011/normatividad> (Visitada por última vez el 01/04/2014).

²⁶ **Constitución Política de Colombia**, «Artículo 215.- «Párrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento», <http://www.camara.gov.co/portal2011/normatividad> (Visitada por última vez el 01/04/2014).

²⁷ Estos son: el estado de guerra exterior, estado de conmoción y estado de emergencia.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que los estados de excepción son «regímenes concebidos al interior del derecho y no fuera de él» (SCC 802/02, 2002, p. 89), por ello, los decretos legislativos que declaran los estados de excepción y los de desarrollo, establecidos en base a éstos, son susceptibles de control de constitucionalidad (SCC 802/02, 2002, pp. 89 y 90).

La Corte aclara que los poderes públicos al ejercer sus competencias lo hacen en el marco de lo establecido por la Constitución. Por ello, los actos jurídicos «de los poderes públicos deben sujetarse a los límites impuestos por la Constitución, no se puede aceptar la existencia de actos jurídicos no sujetos a control pues es precisamente tal control el que garantiza el respeto de aquellos. Lo contrario conduce a aceptar que en el actual régimen constitucional existen poderes supraconstitucionales, esto es, atribuciones de los poderes públicos no sometidos a la Carta. Conduce también a aceptar la existencia de ámbitos de poder desprovistos de parámetro normativo alguno de validez y sin más límites que los que esos mismos actos tengan a bien reconocer. De acuerdo con esto, el poder ejecutivo tendría la capacidad de racionalizarse por sí mismo, de dotarse a sí de una legitimidad a propia voluntad y nacida de su seno. No obstante, una tal concepción controvierte las enseñanzas de la historia, pues ellas acreditan la tendencia del poder al abuso y su incapacidad para auto limitarse. De allí que esa concepción choque con la racionalidad del Estado constitucional y con la pretensión originaria que lo alentó desde sus comienzos: Limitar el ejercicio de los poderes constituidos sujetándolos a un parámetro normativo que no esté a su alcance y confiado su guarda a un órgano imparcial, independiente y especializado.» (SCC 802/02, 2002, pp. 90 y 91).

Además, la Corte indica que el constituyente le ha confiado a la Corte la «guarda de la integridad de la constitución»²⁸, incluyendo las disposiciones normativas referidas al estado de excepción. Y dicho control de las declaratorias de los estados de excepción recae sobre los aspectos formales y materiales, correspondiendo a la Corte Constitucional colombiana comprobar, de modo objetivo y a través del razonamiento jurídico, si estos, los límites formales y materiales, son respetados al declararse el estado de excepción (SCC 802/02, 2002, p. 93).

3.2.3. Ecuador.

²⁸**Constitución Política de Colombia**, «Artículo 241°- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucional, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento. PAR. -Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto».

La constitución ecuatoriana establece que la declaratoria de los estados de excepción²⁹ es revisable en sede de la Corte Constitucional ecuatoriana³⁰. De la lectura de la sección cuarta, Estados de Excepción, del Capítulo Tercero, Función ejecutiva, del Título IV, Participación y organización del Poder, se desprende la influencia directa del marco teórico elaborado por la ONU respecto a este tema (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997). Al igual que su homólogo colombiano, la Corte Constitucional ecuatoriana realiza un análisis formal y material de las declaraciones de los estados de excepción³¹.

El control formal gira en torno a la notificación de la declaratoria del estado de excepción, la invocación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca, justificación de la declaratoria, motivación, ámbito territorial, temporalidad, notificación, control formal de las medidas adoptadas. En cambio, el control material recae sobre la declaratoria y las medidas adoptadas.

3.2.4. México.

²⁹ **Constitución de la República de Ecuador**, primer párrafo del artículo 164.- «La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado», http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf (Visitada por última vez 02/04/2014).

³⁰ **Constitución de la República de Ecuador**, primer párrafo del artículo 166.- «La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. Concordado con el inciso 8 del artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales», http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf (Visitada por última vez 02/04/2014).

³¹ Véase crítica al papel de la Corte Constitucional ecuatoriana: AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo, «Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción» en la revista *Iuris Dictio*, Año 10, Vol. 13, p. 59 y ss. http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_13/entre_la_retorica_de_lo_nuevo_y_la_persistencia_del.pdf, (Visitada por última vez 03/04/2014).

La constitución mexicana regula en el artículo 29³² los estados de excepción, que se debe concordar con los artículos 1³³, 103³⁴ y 133³⁵ del mencionado texto constitucional. De la lectura de dichos artículos se evidencia la influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 4º) y de la

³² **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, «Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. Párrafo reformado DOF 10-02-2014.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez». Artículo reformado DOF 21-04-1981, 02-08-2007, 10-06-2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (Visitada por última vez 22/04/2014).

³³ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, «Artículo 1º: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011. Artículo reformado DOF 14-08-2001», <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (Visitada por última vez 22/04/2014).

³⁴ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, «Artículo 103º: Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal. Artículo reformado DOF 31-12-1994, 06-06-2011., <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (Visitada por última vez 22/04/2014).

³⁵ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, «Artículo 133º: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. Artículo reformado DOF 18-01-1934», <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (Visitada por última vez 22/04/2014).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 27°), por lo que es posible entender que los decretos que declaren los estados de excepción podrán ser revisados en sede jurisdiccional con la finalidad de ponderar su encaje constitucional.

Es así como lo entiende la doctrina constitucional mexicana al señalar que su ordenamiento

«ha incorporado entre otros, dentro de su ordenamiento interno, los artículos 27 del primero y 4º del segundo, que como hemos visto anteriormente [...], regulan con mayor precisión que nuestro precepto constitucional las situaciones de emergencia, y por esto en una futura declaración de Estado de excepción además de los lineamientos del artículo 29, deben seguirse los de los preceptos internacionales mencionados, que son disposiciones internas de fuente internacional, así como su adecuación con algunas obligaciones que las citadas convenciones en relación con algunos organismos internacionales.

[...] que los «tribunales federales puedan examinar si las disposiciones de emergencia y su aplicación cumplen tanto el citado artículo 29 constitucional, los preceptos de fuente internacional y los principios señalados por los organismos internacionales de legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, de amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, así como de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional, estos últimos establecidos en algunos documentos aprobados por Naciones Unidas [...] Además, también debe acatarse la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas octava y novena [...], con mayor razón en cuanto el gobierno mexicano se sometió expresamente a la competencia contenciosa o jurisdiccional de la propia Corte Interamericana a

partir del 16 de diciembre de 1998.» (Fix-Zamudio, 2004, pp. 851 y 852).

Para concluir el presente capítulo podemos decir, que el control jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción ha sido y es un proceso lento, pero que cada vez cobra más fuerza al punto de alcanzar, dicho control, rango constitucional.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

En este capítulo indagaremos sobre la posición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre los estados de excepción por su conexión evidente con el derecho constitucional y porque así lo dispone nuestra constitución y la práctica del Tribunal Constitucional.

Interesa, en particular, saber si la declaratoria de los estados de excepción puede ser objeto de revisión jurisdiccional conforme a las diversas disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para ello presentaremos el marco normativo de los estados de excepción, noción y finalidad, causales, principios, derechos intangibles y desnaturalización de los estados de excepción conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente precisar que todo el desarrollo normativo de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se ha constituido a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4.1. Marco normativo.

Presentamos a continuación el marco normativo de los estados de excepción de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.1.1. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Conforme al cual

- «1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión» (PIDCP, Perú, Ratificado el 28 de abril de 1978).

4.1.2. El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Que prescribe lo siguiente

«1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión» (CADH, Perú, Ratificado el 7 de diciembre de 1978).

4.1.3. Principio 7 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

Que regula que

«1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:

a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.

b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;

c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;

d) las autoridades competentes tratarán de hacer intervenir a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;

e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y

f) Se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes».

(ONU, E/CN.4/1998/Add.2, p.7)

4.1.4. Observación General N° 05, Derogación de los Derechos (Art. 4 PIDCP).

Reemplazado por la Observación General N° 29, Estado de emergencia (artículo 4)³⁶.

4.1.5. Observación General N° 29, Suspensión de las obligaciones durante un Estado de emergencia (Art. 4 PIDCP).

La finalidad de esta Observación es establecer una serie de obligaciones que debe cumplir cualquier Estado parte de la Convención, que ante situaciones de anormalidad constitucional quiera declarar el estado de excepción (ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, párr. 1).

La Observación precisa que para invocar el artículo 4 del Pacto debe cumplirse dos condiciones: que el estado de anormalidad excepcional «ponga en peligro la vida de la nación» (2001, párr. 2) y que el estado de excepción haya sido declarado oficialmente. También precisa esta observación que «las medidas que suspenden la aplicación alguna disposición deben ser de carácter excepcional y temporal» (2001, párr. 2). Igualmente señala que no toda perturbación o catástrofe configura una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación.

Por otra parte, la mencionada Observación establece una serie de obligaciones a los Estados partes para la declaración y actuación de los

³⁶ Observación General N° 5, Derogación de los Derechos (Art. 4 PIDCP), [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument) (Visitada por última vez el 01/06/2014).

mismos mientras dure la situación de anormalidad. Entre los cuales tenemos la obligación de los Estados «de actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción» (párr. 2). La obligación de «ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso» (párr. 3) o «que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación» (párr. 4) o dicho de otra manera «la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación» (párr. 4). La Observación especifica que el principio de proporcionalidad obliga a los Estados partes a fundamentar concienzudamente su decisión de declarar el estado de excepción, así como de las medidas que se tomen en base a la misma (párr. 5). Es decir, los Estados partes tienen «el deber de proceder a un análisis minucioso en relación con cada artículo del Pacto, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación de hecho» (párr. 6).

También establece la obligación de respetar el principio de igualdad y no discriminación al momento de determinar las medidas para retornar a la situación de normalidad constitucional (párr. 8). Así como la obligación de tener apropiadamente en cuenta los avances del derecho internacional respecto de las normas aplicables a situaciones de anormalidad constitucional (párr. 10). Y finalmente, la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo (admisión y trámite correspondiente) durante la vigencia de la declaración del estado de excepción (párr. 14).

Por otra parte, la Observación establece un catálogo de derechos intangibles (párr. 7) debido a su carácter de normas imperativas (párr. 11). Además, señala que los derechos con carácter de normas imperativas contenidas en el Derecho Internacional, en especial del Derecho Humanitario, integran el catálogo de los derechos intangibles (párr. 9). También precisa que esto no significa que los derechos que no están establecidas en normas que no tienen carácter imperativo puedan suspenderse discrecionalmente (párr. 6).

4.1.6. Párr. 24, Opinión consultiva 8/87, El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías, Corte IDH.

El cual señala que

«24. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. La expresión *leyes* en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32)» (Corte IDH, Opinión consultiva 8/87, párr. 24).

4.2. Noción y finalidad del estado de excepción.

De acuerdo con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el estado de excepción es una institución jurídica, de carácter extraordinario y temporal, que faculta a los Estados a suspender algunas de sus obligaciones en materia de Derechos Humanos para hacer frente a las graves crisis que eventualmente puedan surgir en la vida de una nación.

La finalidad que persigue esta institución jurídica es la defensa de los derechos humanos, la defensa del orden democrático y la salvaguardia del Estado de Derecho y del Principio de legalidad (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 42).

4.3. Las causas de los estados de excepción.

Entre las diversas situaciones que «pongan en peligro la vida de una nación» (ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, párr. 3) tenemos las siguientes:

- Las catástrofes naturales o ambientales.
- Los conflictos armados.
- Perturbaciones internas – actos de violencia o confrontación -.

En cualquiera de estas situaciones se debe demostrar que ponen

«en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; [...] o en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones» (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 82).

Además, de acuerdo con el principio de necesidad, los Estados deben justificar que la declaración del régimen de excepción es necesaria y que cada medida específica, tomada en este contexto, también es necesaria. Idea que es afirmada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 29, cuando señala que el estado de excepción y las medidas que suspenden las obligaciones del Estado respecto del Pacto – PIDCP – han admitirse solamente

«en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esta declaración» (ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, párr. 5).

4.4. Principios que rigen el estado de excepción.

Antes, señalar que el propósito de estos principios no es otro que el establecer las exigencias que los Estados deben cumplir para declarar el estado de excepción conforme a las normas internacionales (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 49).

4.4.1. Principio de legalidad.

Este principio exige, en primer lugar, la necesaria preexistencia de las disposiciones que disciplinan el estado de excepción y, en segundo lugar, la

existencia de instrumentos de control, tanto internos como internacionales, que confirmen su adecuación con las mismas (1997, párr. 50).

Además, ante la eventualidad de no estar regulada o de reforma de las disposiciones del estado de excepción, el Relator Especial propone como regla modelo la siguiente:

«El estado de excepción sólo podrá declararse o prorrogarse de conformidad con la constitución o la ley fundamental y las obligaciones que impone el derecho internacional en esta materia. Para ello, los Estados deberán adecuar su legislación interna a las normas y principios internacionales que regulan la legalidad del estado de excepción. Para evitar reformas legislativas circunstanciales, la regulación del estado de excepción deberá tener rango constitucional y regular todas aquellas situaciones excepcionales (cualquiera sea la denominación) susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos.» (párr. 52).

4.4.2. Principio de proclamación.

Este principio establece la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya prefijada de una medida de publicidad, que no es otra que su declaración y publicación en el diario oficial. Con esto se pretende evitar los estados de excepción de facto.

La razón de la proclamación es permitir que la población afectada tenga exacto conocimiento de los alcances – material, territorial y temporal – de la declaratoria del estado de excepción y su impacto en el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, la proclamación del estado de excepción es una exigencia formal y una condición indispensable para su validez. También, permite saber cuáles han sido las razones de la autoridad para tomar tal decisión. Y, por último, nos permite asegurarnos que el reconocimiento del derecho a suspender las obligaciones del Pacto – PIDCP – no se invoque para justificar un quebrantamiento de las disposiciones constitucionales internas concernientes a los estados de excepción.

Para asegurar una adecuada protección de este principio, el Relator Especial propone la siguiente regla modelo:

«La legislación deberá disponer que la declaración del estado de excepción será nula si no es ratificada, sea por el poder legislativo nacional sea por otro órgano constitucional competente, en un breve plazo establecido por la ley. Además, la ley deberá ofrecer garantías de operatividad a los órganos de control durante las situaciones de crisis». (párr. 57).

4.4.3. Principio de notificación.

Por este principio se notifica a la comunidad internacional la declaración del estado de excepción. Más exactamente los destinatarios son los Estados partes del Pacto y la totalidad de los Estados integrantes de la Organización de Naciones Unidas. La notificación se caracteriza por hacerse de modo inmediato y su contenido debe indicar que disposiciones se suspenden y las razones que justifican la suspensión. También, en el caso de que se levante el estado de excepción los Estados están obligados a notificarlos.

El objetivo sustancial de esta exigencia consiste en hacer efectiva la obligación de todo Estado parte del Pacto de comunicar a los otros Estados la dificultad de cumplir temporalmente con algunas de las obligaciones asumidas. De no cumplirse con esta formalidad,

«el derecho de derogación no podrá ser invocado, frente al orden internacional, si el Estado parte que lo ejerce no ha cumplido con la obligación de comunicar a los otros Estados partes las disposiciones que han sido derogadas, al igual que la amplitud y la necesidad de éstas» (párr. 63).

Como en los casos anteriores, el Relator Especial propone una regulación modelo de este principio:

«- el acto de proclamación del estado de excepción deberá exponer:

- i) las circunstancias que lo motivan (vale decir la *situación excepcional* que lo justifica);
 - ii) el ámbito territorial a que se aplica;
 - iii) el período por el cual se implanta;
 - iv) las medidas que autoriza;
 - v) las disposiciones de la constitución o la ley fundamental y de la ley nacional, así como de las obligaciones resultantes del derecho internacional que han sido afectadas por dichas medidas;
- la propia legislación nacional deberá prever que la declaración, conteniendo los elementos arriba mencionados, sea notificada de inmediato a todos los órganos internacionales pertinentes».
- (párr. 68).

4.4.4. Principio de temporalidad.

Por el cual todo estado de excepción debe estar limitado en el tiempo, a fin de evitar su prolongación indeterminada.

Desde muy temprano el Comité de Derechos Humanos ha subrayado el carácter temporal de los estados de excepción a indicar «la obligación de informar inmediatamente a los otros Estados partes de los derechos que hayan sido suspendidos, incluye las razones que lo motivaron, y la fecha en que terminará la suspensión» (párr. 71).

El Relator Especial propone una regulación modelo de este principio:

«La legislación nacional deberá indicar que:

Ningún estado de excepción podrá estar vigente más allá del período estrictamente necesario.

Las autoridades competentes pondrán término inmediatamente al estado de excepción si las circunstancias que fundamentaron la declaración del mismo dejan de existir o si la amenaza en que se fundaba asume proporciones tales que las restricciones permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias son suficientes para retornar a la normalidad» (párr. 74).

Además, el relator especial propone la «revisión periódica (en un plazo que no debería exceder tres meses), por parte del órgano o los órganos de control, de las razones que justifican su mantenimiento o su prórroga» (párr. 75).

4.4.5. Principio de amenaza excepcional.

Por este principio se precisa la naturaleza del peligro – catástrofes naturales o ambientales, conflicto armado, perturbaciones internas - y alude a los presupuestos de hecho que conforman el concepto de «circunstancias excepcionales» (párr. 76).

En cuanto a la situación de peligro, ésta debe afectar «a toda la población» (párr. 78). o «a la totalidad del territorio o a una parte del mismo» (párr. 78). Además, se señala que «una situación de emergencia pública para constituir una amenaza a la nación, debe reunir, por lo menos, estos cuatro requisitos:

- Ser actual o inminente.
- Sus efectos deben involucrar a toda la nación.
- Debe estar amenazada la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y
- La crisis o el peligro debe ser excepcional, en el sentido de que «las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud o el orden público, resulten manifiestamente insuficientes». Aquí se contemplan las llamadas «cláusulas de restricción», vale decir aquéllas que autorizan la restricción de algunos derechos en situaciones ordinarias, cuando ello es necesario para garantizar la seguridad pública, la salud o el orden público» (párr. 79).

También se precisa que cuando la emergencia está localizada en una parte del territorio, el estado de excepción se aplicará sólo al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas tendrán alcance y validez en dicho territorio.

Como en los principios antes mencionados, el Relator Especial propone una regulación modelo de este principio:

«La legislación preverá que la autoridad competente sólo podrá declarar el estado de excepción:

- i) en caso de perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes;
- o

- ii) en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones; y
- iii) Sólo a fin de salvaguardar los derechos y la seguridad de la población, así como el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del estado de derecho» (párr. 82).

4.4.6. Principio de proporcionalidad.

Este principio señala que debe haber una necesaria correspondencia entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Es decir, que las «restricciones o suspensiones impuestas lo sean «en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación»» (párr. 83). Este principio presume la preexistencia de un peligro inmediato y «exige una relación de adecuación entre éste y las medidas utilizadas para repelerlo. A su vez, éstos, para ser legítimos deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro» (párr. 84). Además, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que el principio de proporcionalidad no debe ser usado en abstracto sino medida por medida.

Cabe señalar que una medida es estrictamente limitada o necesaria cuando no hay alternativas que tendrían menos impacto en los derechos humanos. También en este caso, el relator especial propone una regulación arquetipo de este principio:

- «- durante el estado de excepción, las restricciones que se imponen al ejercicio de los derechos humanos deberán serlo en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, habida cuenta de las demás exigencias establecidas en el orden interno e internacional;
- cuando un estado de excepción afecta el ejercicio de ciertos derechos humanos susceptibles de derogación, en la medida de

lo posible, se adoptarán medidas administrativas o judiciales destinadas a atenuar o reparar las consecuencias adversas que esto entraña para el goce de dichos derechos» (párr. 91).

4.4.7. Principio de no discriminación.

Este principio obliga que las restricciones impuestas no impliquen discriminación basada «por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión opinión, condición económica o de cualquiera otra índole» (Const. Art. 2.2, 1993).

El Relator Especial ha propuesto como regla modelo la siguiente: «La legislación deberá estipular explícitamente que el principio de no discriminación no acepta ningún tipo de limitación ni derogación». (párr. 94).

4.4.8. Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho internacional.

La finalidad de estos tres principios es concordar «las distintas obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el orden internacional y reforzar la protección de los derechos humanos en situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos» (párr. 95) en un contexto de estado de excepción.

El principio de compatibilidad señala que los Estados podrán suspender sus obligaciones, «siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional» (párr. 96). Como podemos apreciar, la finalidad de este principio es armonizar las distintas disposiciones internacionales. Por otra parte, el relator especial indica que está implícito en este principio, la preferencia de las normas más favorables a la protección de los derechos humanos.

El principio de concordancia expresa que los estados de excepción no pueden estar orientados «a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto» (párr. 98) o para afianzar o perpetuar en el poder a un gobierno de facto (párr. 100).

4.5. Los Derechos intangibles.

Este es en realidad uno de los principios más importantes que orientan los estados de excepción, ya que tiene por finalidad establecer los límites al ejercicio de los poderes de crisis, que no podrán actuar sin las necesarias restricciones (párr. 103).

Antes es preciso indicar que la doctrina internacional ha señalado que los derechos intangibles no son sólo los reconocidos en los artículos 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con diversas razones tales como la dignidad inherente del ser humano, la existencia de prohibiciones absolutas, derechos de las personas pertenecientes a minorías, prohibición del traslado forzoso sin motivos autorizados, «imposibilidad de formular reservas con respecto a ciertos derechos» (párr. 104), «reforzamiento de la intangibilidad por la entrada en vigor de otros convenios sobre derechos humanos» (párr. 105) o por «los progresos registrados en el

derecho internacional en general» (párr. 106), etc., han ampliado la lista de los derechos intangibles durante la vigencia del estado de excepción.

Tanto, el Pacto como las Convenciones americana y europea coinciden que los derechos a la vida, prohibición de la tortura y la esclavitud y la no retroactividad de la ley penal son derechos intangibles. En cuanto al Pacto y la Convención Americana concuerdan en señalar que los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y de conciencia y religión son derechos intangibles. Además, el Pacto considera la prohibición de prisión por deuda contractual como intangible. A su vez, la Convención Americana establece que la protección a la familia, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos - el derecho de acceso a los tribunales (procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo)- son derechos intangibles.

Por otra parte, cabe indicar que los derechos no intangibles no pueden restringirse *per se*, sólo podrán limitarse si se han cumplido con todas las exigencias que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la declaración de los estados de excepción. Además, dicha restricción no tiene carácter absoluto, sólo se limitan algunas de las expectativas que contienen estos derechos.

Finalmente, «es igualmente importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana; la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y el respeto de las normas del derecho internacional humanitario» (SCC 802/02, 2002, p.74).

4.6. Desnaturalización de los estados de excepción.

La evidencia histórica demuestra que, en muchas oportunidades, los Estados se han apartado de la legalidad para declarar los estados de excepción, con consecuencias graves para el orden democrático y la vigencia de los derechos humanos (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 115).

4.6.1. Estado de excepción de facto.

Este tipo de desnaturalización se caracteriza por el incumplimiento del principio de publicidad que acompaña a toda declaración del estado de excepción. Este tipo presenta dos variantes: una, la «adopción de medidas excepcionales sin proclamación previa del estado de excepción» (1997, párr. 117) y el «mantenimiento de dichas medidas no obstante el levantarse oficialmente el mismo» (párr. 117).

Aquí es importante determinar si de facto una medida concreta reviste o no carácter excepcional. Será una medida excepcional si supera las restricciones reconocidas para una situación de normalidad. Es decir, «todas aquellas medidas que impliquen restricciones que superen las limitaciones autorizadas en periodos ordinarios son, aunque no lo confiesen, de naturaleza excepcional» (párr. 122).

4.6.2.- Estado de excepción no notificado.

Se caracteriza por la falta de notificación a los Estados partes del Pacto y a la totalidad de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Cabe señalar que «el incumplimiento de este requisito no prejuzga acerca de la conformidad, o no, de la proclamación del estado de excepción con la legislación interna de un país, generalmente la falta de notificación va acompañada de otras anomalías» (párr. 125).

El incumplimiento de este principio niega «a los Estados la posibilidad de invocar el derecho de suspensión si la declaración del estado de sitio no ha sido debidamente notificada» (párr. 126).

4.6.3.- Perennización del estado de excepción.

Esta se identifica con la aplicación frecuente del estado de excepción, que puede tratarse de la continuación lisa y llana del mismo o bien a su restablecimiento o dilación constante.

Lo peligroso de este tipo de desnaturalización del estado de excepción radica en el desconocimiento del principio de temporalidad, por el cual los estados de excepción se caracterizan por ser transitorios. Además, se desconocen los principios de actualidad e inminencia del peligro o de la crisis. «La discrecionalidad sustituye a la proporcionalidad. En una palabra, lo transitorio se transforma en definitivo, lo provisorio en constante, lo excepcional en permanente, vale decir la excepción se convierte en la regla» (párr. 129).

4.6.4.- Sofisticación e institucionalización del estado de excepción.

En realidad, son desnaturalizaciones del estado de excepción que guardan entre sí una fuerte conexión. Ambas persiguen, por una parte, que los preceptos del estado de excepción sustituyan «al orden constitucional y legal ordinario, y finalmente ambas buscan su autolegitimación» (párr. 130).

La sofisticación se caracteriza por el desarrollo de normas de excepción de gran complejidad y por establecer un sistema legal paralelo al ordenamiento jurídico constitucionalmente establecido o por establecer regímenes transitorios o especiales.

La razón de este doble ordenamiento jurídico «no es otra que la de disponer de un arsenal jurídico extremadamente complejo que permita a las autoridades recurrir, según las necesidades de cada momento, sea al orden jurídico normal, sea al orden jurídico especial, aunque, claro está, en la práctica, lo corriente es que el primero sea abandonado en beneficio del segundo» (párr. 132).

Y, en cuanto a la institucionalización, se caracteriza por ser la variante más refinada y peligrosa de todos los tipos de desnaturalización del estado de excepción. Esta presupone la anterior desnaturalización, pero, además, pretende legitimarla y consolidarla a través del reordenamiento total del sistema jurídico e institucional del país. En ésta, «la excepción se disfraza de estado de derecho, para de esa manera negarlo y subvertirlo» (párr. 136).

4.6.5.- Ruptura del orden institucional.

Con este tipo la doctrina internacional de los derechos humanos quiere resaltar cómo, por un lado, los conflictos, la violencia generalizada y la pobreza y, por otro lado, los ajustes estructurales, la reducción del Estado,

los conflictos interétnicos pueden ocasionar la ruptura del orden institucional, en donde el derecho y en particular los derechos humanos tienen «escasa aplicación y de la falta de eficacia de las mismas para impedir las consecuencias más graves de las crisis» (párr. 139).

Para concluir, podemos decir que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe un marco conceptual para analizar la legalidad, oportunidad y necesidad de las medidas de excepción. Además, nos proporciona elementos para determinar la posibilidad de revisar las declaraciones de los estados de excepción, ya que el marco normativo de esta institución jurídica está conformado por la Constitución y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en esta materia.

Asimismo indicar que la ratificación por parte de la mayoría de los Estados americanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - y el desarrollo de una doctrina sobre los estados de excepción generados a partir de estos instrumentos internacionales -, hace posible la revisión de las declaraciones de los estados de excepción en todos los Estados americanos; ya sea porque los magistrados deberán interpretar sus constituciones y leyes a la luz de dichos instrumentos o porque con la doctrina desarrollada a partir de estos instrumentos internacionales se hace posible realizar control de convencionalidad.

CAPÍTULO V

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La razón del presente capítulo radica en el hecho de que el Estado Constitucional de Derecho confirma que la Constitución no sólo es una norma política, sino que también es una norma jurídica; es decir, una norma jurídica-política, por lo tanto, contiene o regula las garantías políticas y jurídicas para su defensa contra el ejercicio arbitrario del poder.

Para el control del ejercicio del poder, el Estado Constitucional de Derecho regula las competencias de los distintos órganos constitucionales a fin de garantizar la plena vigencia de la Constitución.

Por otra parte, cabe recordar que el Estado Constitucional de Derecho, «lleva en su propia dialéctica la necesidad de un derecho excepcional, es decir, de prever la excepción y normativizar la misma excepción» (García - Pelayo, M, 2000, p. 163). Es decir, es en el ámbito del Estado Constitucional de Derecho en donde se configura los alcances, tipos, límites y controles al ejercicio de los regímenes de excepción.

En cuanto al control de los regímenes de excepción, creemos, en primer lugar y pese a no estar señalado de modo expreso, que la vigente Constitución Política del Perú permite considerar esta posibilidad; en segundo lugar, existen suficientes argumentos como para pensar que esto es posible y, en tercer lugar, que le corresponde al Tribunal Constitucional el ejercicio de tal control de acuerdo a sus competencias.

Por último, en el desarrollo de este capítulo nos centraremos en precisar que entendemos por Estado Constitucional de Derecho y sus principales aportes, tales como la rigidez constitucional, la constitución como norma jurídica, el control del poder.

5.1. Precisiones preliminares.

Lo primero que debemos hacer es explicar el uso de la expresión *Estado constitucional de Derecho* en vez de *Estado de Derecho*. Hay al menos tres significados de la expresión Estado de Derecho; así tenemos un sentido débil, otro fuerte y otro fortísimo. Además, cada uno alude a un tipo de organización jurídico-política (Barberis, 2008, p. 150 y ss.; Ferrajoli, 2011, p. 801 y ss.; Zagrebelsky, 2011, p. 21 y ss.; Hierro, 2009; Laporta, 2007; Vázquez, 2006; Fioravanti, 2004, Costa e Zolo, 2003; Carbonel, Orozco y Vázquez, 2002).

El primer sentido de Estado de Derecho, sentido débil, se refiere al significado originario elaborado por la doctrina alemana – *Rechtsstaat* – que es el de «Estado sujeto al derecho» (2008, p. 150). Más exactamente, este primer desarrollo alude a que el Estado de Derecho garantiza a los ciudadanos la sujeción de la Administración Pública al derecho y la imparcialidad de los Tribunales. Además, sólo proveía de garantías jurídicas, pero no políticas a la burguesía alemana (p. 151).

En cuanto al segundo sentido, sentido fuerte, el Estado de Derecho se identifica con el Estado legislativo de Derecho, en el cual la garantía contra el ejercicio arbitrario de sus competencias por parte de los poderes públicos es la ley y no la garantía genérica del Derecho (p. 151). A su vez, la ley sólo es producida por el congreso o parlamento, ya que es el depositario de la soberanía popular. En este sentido, todos los poderes públicos están sometidos a la ley (p. 151).

Y, por último, respecto al sentido fortísimo de Estado de Derecho, o Estado de Derecho constitucional o Estado constitucional de Derecho, en el cual las garantías jurídicas contra el poder no residen de modo genérico en el derecho ni de modo específico en la ley «sino todavía más específicamente en la constitución o más precisamente, en una constitución documental rígida que prevé el control de legitimidad constitucional de las leyes» (p. 152). Además, este tipo de Estado se caracteriza por recoger unos principios fundamentales (Fioravanti, 2004, p. 37), entre ellos el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales (2004, p. 37) y por la pérdida de protagonismo del principio de soberanía (p. 38).

Ahora bien, ésta última forma de Estado es reconocida por la «doctrina y jurisprudencia constitucional» (Rubio, 2006, p. 94) del país. Así tenemos que el Tribunal Constitucional ha reconocido su carácter histórico y que ha supuesto reconocer que nuestra Constitución no sólo es una norma política sino también una norma jurídica que vincula «a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto» (STC 5854-2005, PA, Fj. 3). Y entre las características del Estado constitucional menciona el principio de supremacía constitucional, que ocupa un lugar central en esta forma de Estado, desplazando al principio de soberanía (STC 5854-2005, PA, Fj.4, 5 y 6).

5.2. Noción de Estado Constitucional de Derecho.

Podemos decir que el Estado constitucional de Derecho «atribuye al ordenamiento jurídico la función primordial de tutelar los derechos fundamentales con la finalidad de contrarrestar la tendencia del poder político a la arbitrariedad y a la prevaricación»³⁷ (Zolo, 2003, p. 45); es decir, el Estado constitucional de Derecho y su constitución tienen como fin garantizar los

³⁷ La traducción es nuestra.

valores de libertad, igualdad y solidaridad de los individuos que integran la comunidad política.

Dicho de otro modo, este tipo de Estado no es más que la «institucionalización jurídico - política de la democracia» (Díaz, 2002, p. 67 y ss.) que se caracteriza por el «imperio de la ley» (2002, p. 68), «división de poderes» (p. 68), «fiscalización de la administración» (p. 68) pública y la «protección de los derechos y libertades fundamentales, que – decíamos – constituyen precisamente la razón de ser del Estado de Derecho» (p. 69).

Para tutelar los derechos fundamentales y la Constitución, se debió dar un nuevo significado al valor de la legalidad. Ahora pasaría a significar «la conformidad del poder a la *constitución*» (Barberis, 2008, p. 158). Es decir,

«la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de los principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (*también*) de los contenidos o *significados* que expresan» (Ferrajoli, 2011, 462).

5.3. La rigidez constitucional.

El tema de la rigidez constitucional se propone por primera vez en el proceso de formación de la Constitución de Estados Unidos de 1789, cuando Hamilton señala que

«Aunque confío en que los amigos de la Constitución propuesta no se unirán nunca con sus enemigos para poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano, que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor en

todo caso en que lleguen a la conclusión de que está en desacuerdo con su felicidad, sin embargo no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones, o que los tribunales estarían más obligados a tolerar las infracciones cometidas en esta forma que las que procedieran únicamente de las maquinaciones del cuerpo representativo. Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aun el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indicamos» (Hamilton, Madison y Jay, 1998, pp. 333 y 334).

De lo expresado podemos establecer que la rigidez constitucional se refiere al hecho de que toda reforma de la constitución está sujeta a ciertas exigencias que en mayor o menor medida dificultan su realización. Esta característica de las Constituciones no significa que sean inmutables, ya que se podrán cambiar siempre y cuando se siga el procedimiento establecido por la propia norma fundamental.

Las Constituciones rígidas van a permitir identificar y diferenciar entre normas constitucionales y normas ordinarias; distinción puramente formal que confiere a las normas constitucionales una particular firmeza con relación a potenciales modificaciones (Vega, 1979, p. 94). Es decir, esta diferenciación confirmó el principio de supremacía constitucional y el carácter normativo de toda constitución.

Igualmente, Hamilton habla de la supremacía de la Constitución, en el contexto de la *judicial review*, al señalar que la

«Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios» (Hamilton, Madison y Jay, 1998, p. 332).

Expresión de la rigidez constitucional en la actual Constitución Política del Perú, es el enunciado jurídico que establece que toda

«reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral» (Const., 1993, art. 206).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el poder de reforma constitucional se encuentra sujeto a límites formales y materiales. Los límites formales son todos aquellos que la Constitución regula de manera expresa y los límites materiales aluden a los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional (STC 014-2002, AI, Fj. 71 al 77).

5.4. La Constitución como norma jurídica.

Las constituciones de los Estados contemporáneos – por lo menos en las zonas de influencia de la Ilustración – son el punto culminante del constitucionalismo. Este designa un movimiento político, filosófico y cultural orientado a la conquista de documentos constitucionales signados por los principios liberal democrático (Barbera, 2000, p. 3).

El constitucionalismo se caracteriza básicamente por un conjunto de valores y técnicas (2000, p.4), entre las que encontramos, el principio de soberanía popular - por el cual orden político viene decidido por el pueblo mismo –, el «principio de división de los poderes» (García, E, 2001, p. 45) o «de limitación del poder» (2001, p. 45), la garantía del control de constitucionalidad, la existencia de un conjunto de derechos presentados como fundamentales destinados a proteger la autonomía individual y a cuyo servicio y subordinación de estos se establecen los poderes públicos (p. 45) y la aprobación de una Constitución escrita, del tipo rígida del cual se deriva todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la Constitución como forma de organización jurídica del poder se caracteriza por ser una consecuencia de la afirmación del principio de igualdad (Pérez, 2007, p. 43 y ss.). Sobre este principio «descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico» (Corte IDH, Opinión consultiva 18/03, párr. 101), y, por su puesto, a la Constitución por ser la norma suprema del mismo.

A su vez, la igualdad unida al principio de libertad van a transformar la noción de poder; deja de ser algo natural y tiene que ser constituido a partir de estos principios; el poder pasa a ser una relación entre hombres y mujeres iguales por lo que requiere ser justificado. Se deja de lado la noción de poder absoluto por ser una idea intrínsecamente contradictoria y alienante de la persona humana (García, E, 2001, p. 46).

Ante esta situación sólo cabe que la Constitución sea expresión de la soberanía popular y de su forma de afirmación, el poder constituyente. De aquí se deriva la fuerza normativa de la Constitución, ya que, la soberanía popular es la «fuerza y autoridad que corresponden al pueblo [...] para establecer una constitución con pretensión normativa de vigencia...» (Böckenförde, 2000, p. 51).

Este carácter de norma jurídica suprema viene confirmado, en primer lugar, porque la Constitución especifica el sistema de fuentes formales del Derecho. Esto significa que la validez de las leyes depende de que se haya seguido el procedimiento establecido por la Constitución (García, E, 2001, p. 49). Además deberá tenerse en cuenta el efecto irradiante de los derechos fundamentales, que no es más que la prohibición de desconocer la eficacia de los mismos en la regulación de las relaciones jurídico-públicas y jurídico-privadas (Bastida et al., 2004, p. 52). Por ello, se afirma que la Constitución «es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de fuentes» (García, E, 2001, p. 50).

Y en segundo lugar, toda Constitución expresa una voluntad de permanencia que le asegura una preponderancia sobre las normas de menor jerarquía. Estas carecen de una fuerza total relevante similar a la de la Constitución, centrada sólo en objetivos específicos. En cambio la Constitución instituye el marco globalizador y estructural, en términos jurídicos, del Estado, siendo uno de sus contenidos la regulación de la producción normativa de inferior jerarquía (2001, p. 50).

5.5. La Constitución peruana como norma jurídica.

La Constitución peruana como norma jurídica produce sus efectos jurídicos de modo inmediato y directo. Así lo establece cuando expresa que «todos los

peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico» (Const., 1993, art. 38). Esta obligación de respetar, cumplir y defender nuestra norma fundamental alcanza tanto a las personas naturales como jurídicas, públicas o privadas. Además, el mismo texto constitucional, señala que la «Constitución prevalece sobre toda norma legal» (Const., 1993, art. 51).

Por otra parte, aunque la redacción del artículo pareciera establecer una distinción entre Constitución y ordenamiento jurídico – por el uso de la conjunción copulativa y – hay que entender que la Constitución es parte del ordenamiento jurídico y no cualquier parte, sino, la sustancial y fundante del resto del ordenamiento jurídico.

Igualmente, la Constitución establece que el «poder del Estado emana del pueblo y quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (Const., 1993, art. 45). A su vez, este artículo impone un plus en la vinculación de los poderes públicos a la Constitución como norma jurídica, respecto del anterior artículo. Además, expresa una de las ideas ejes del constitucionalismo, que en democracia no hay lugar para los poderes absolutos; todo poder - legislativo, ejecutivo, judicial - debe ejercerse con las limitaciones que impone la Constitución como norma jurídica.

También se puede apreciar el carácter normativo de la Constitución en las normas que regulan los derechos fundamentales y en las normas de organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos. Respecto de los derechos fundamentales tenemos dos situaciones; la primera, cuando el legislador aprueba leyes que vulneren el contenido esencial de estos derechos, lo que dará lugar a una demanda de inconstitucionalidad (CPConst., Ley N° 28237, art. 203). Este supuesto exige del juez constitucional realizar una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución; sólo si esto no es posible podrá entrar a conocer de la posible inconstitucionalidad. Ahora bien, cabe precisar que la expresión legislador no debe entenderse de modo restringido, sino que se debe incluir a

todo poder público que tenga competencia de producir documentos jurídicos con rango y jerarquía de ley. De no utilizar una noción amplia de legislador sería aceptar que existen ámbitos libres de control, lo que contradice la lógica del Estado Constitucional de Derecho.

Y la segunda, tiene que ver con la tutela directa de los derechos fundamentales por cualquier «hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza» (Const. 1993, art. 200) (CPConst., Ley N° 28237, art. 1) los derechos fundamentales de cualquier persona; para la tutela directa de estos derechos se «ha de utilizar necesariamente como parámetro normativo de la vulneración de los derechos que se denuncie el texto constitucional; [...]» (García, E, 2001, p. 78).

En ambos casos, debido a la aplicación directa e inmediata de la Constitución se realiza una aplicación sincrónica y jerárquica de la Constitución y de la ley correspondiente, sin que la aplicación de ésta signifique preterir u omitir la aplicación preferente de las normas constitucionales de los derechos fundamentales (2001, p. 79).

En cuanto las normas de organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos, estas son de inmediato cumplimiento por todos los poderes públicos. La necesidad de que el sistema de poderes y órganos diseñados por la Constitución sean capaces de funcionar y actuar por sí mismo, encuentra su fundamento en la eficacia inmediata de la Constitución como norma organizadora de los poderes públicos.

La eficacia normativa de las normas de organización de los poderes públicos tiene su fundamento en la Constitución, al establecer que el ejercicio de los poderes públicos se hace «con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes lo establecen» (Const. 1993, art. 45). Además, tenemos que la estructura, atribuciones y la eficacia de los actos del poder legislativo sólo son reguladas por la propia Constitución y el Reglamento del Congreso. Y esta eficacia normativa de la Constitución viene, respecto del poder legislativo, reforzado por la atribución al Congreso de «velar por el

respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores» (Const. 1993, art. 102, 2). Responsabilidad que incluye, por su puesto, a los propios miembros del Congreso.

Del mismo modo y respecto del presidente de la República, tenemos que la Constitución le impone la obligación de «cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales» (Const. 1993, art. 118, 1). En este enunciado se puede apreciar, con meridiana claridad, el carácter jurídico de la Constitución. El texto luego de hacer mención a varios tipos de documentos les atribuye carácter jurídico.

Igualmente, respecto del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. La Constitución establece que corresponde al Poder Judicial, la «potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes» (Const. 1993, art. 138). Y respecto del Tribunal Constitucional, nada obsta, su funcionamiento inmediato más aun siendo el «órgano de control de la Constitución» (Const. 1993, art. 201), que se realiza a través la «acción de inconstitucionalidad» (Const. 1993, art. 202,1), conociendo «en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento» (Const. 1993, art. 202,2) y conociendo de «los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley» (Const. 1993, art. 202,3).

De lo expuesto y respecto del Tribunal Constitucional, la Constitución peruana establece como competencia exclusiva del Tribunal Constitucional el monopolio del rechazo sólo de las leyes inconstitucionales; cabe precisar que la expresión leyes se refiere a cualquier documento jurídico con rango y jerarquía de ley. Por otra parte y en cuanto al Poder Judicial, el texto constitucional señala que en «todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»

(Const. 1993, art. 138, segundo párrafo) que, a su vez, debe armonizarse con el Código Procesal Constitucional (CPConst., Ley N° 28237).

Esto significa, debido al carácter normativo de la constitución, que los jueces están obligados a realizar siempre un «enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes» (García, E, 2001, p. 67) antes de aplicarlas. De este enjuiciamiento puede resultar, por una parte, un «juicio de «posibilidad» de inconstitucionalidad de la Ley aplicable al proceso» (2001, p. 67), en este caso el juez debe preferir la Constitución; preferencia que sólo tendrá efectos inter partes, debido a que nuestro ordenamiento jurídico cierra cualquier posibilidad de plantear a estos magistrados, una cuestión de inconstitucional; cierre criticable debido a que en muchísimos casos la inconstitucionalidad de una ley sólo se puede apreciar en el momento de su interpretación y aplicación. Respecto de las normas de menor jerarquía que contradigan la Constitución y la Ley, los efectos serán inter partes si es un acto de inaplicación realizada por el juez y será *erga omnes* si se sigue el procedimiento señalado por la Constitución en vigor y el Código Procesal Constitucional. Igualmente, del «enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes» (p. 67), puede resultar un «juicio de constitucionalidad positivo» (2001, p. 67), es decir, de congruencia de la ley a aplicar en un proceso determinado con la Constitución.

Por último, el Tribunal Constitucional ha señalado que el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha significado la consolidación de la doctrina que considera que la Constitución es una norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos y a la sociedad en general. La Constitución al ser norma jurídica limita y delimita normativamente las acciones de los poderes públicos. Y que

«Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general

(artículo 38º) puede vulnerarla válidamente» (STC 5854-2005. PA, Fj. 6).

5.6. La interpretación conforme a la constitución.

El principio de la interpretación conforme a la Constitución es consecuencia de la supremacía de la constitución y su enunciación es jurisprudencial. Este principio postula que una ley no debe ser declarada inconstitucional cuando al menos una de sus interpretaciones es conforme a la Constitución (Landa, 2006, p. 155).

Igualmente, hay que indicar que dicho principio no sólo vincula al Tribunal Constitucional sino, también, a los tribunales ordinarios en su quehacer de aplicación de la Constitución. Y por otra parte, su fundamentación se encuentra en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, dentro del cual la Constitución se ubica en una posición superior lo que le otorga la primacía en la integración de todo el ordenamiento, en consecuencia, en la interpretación del mismo (García, E, 2001, p. 97).

A fin de que la interpretación conforme a la Constitución se desarrolle a través de un procedimiento racional y controlable para producir, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, se requiere de la realización de un juicio de ponderación. Éste no es más que «buscar la mejor decisión (la sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor» (Sanchís, 2002, p. 129).

El juicio de ponderación requiere del cumplimiento de cuatro fases. La primera consiste en que la disposición analizada ostente una finalidad constitucionalmente legítima «como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional,

entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación» (2002, p. 145).

En segundo lugar, se requiere de un juicio de adecuación de la medida objeto de enjuiciamiento con el propósito de determinar si es adecuada para lograr la finalidad pretendida. Es decir, todo acto que menoscabe un derecho o principio constitucional tiene que expresar una adecuada correspondencia con el bien o con el fin en cuya razón se establece (p. 145).

En tercer lugar, se tiene que realizar un juicio de necesidad, en razón del cual la intervención a realizar tiene que ser la menos gravosa o restrictiva para alcanzar el fin legítimo perseguido (p. 146). Y por último, se requiere un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por el cual se establece un «balance entre los efectos positivos que se buscan realizar y los efectos negativos que se tratan de aminorar. La menor afectación de un derecho está en relación inversamente proporcional al mayor logro del otro bien o derecho perseguido» (Landa, 2006, p. 156).

Finalmente, señalar cuáles son las consecuencias del principio de interpretación conforme a la Constitución (García, E, 2001, pp. 102 y 103). La primera es que la Constitución es el contexto de interpretación y aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico. La segunda consiste en que la integración de las normas legales al momento de aplicarlas se realiza a partir de la Constitución. En tercer lugar, este principio impone la prohibición de cualquier construcción interpretativa o dogmática que tenga un resultado incompatible con los valores constitucionales.

En cuarto lugar, «las normas constitucionales son [...] «normas dominantes» frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento» (2001, p. 103). En quinto lugar, este principio otorga un valor relevante a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional debido a que es el intérprete supremo de la Constitución. Y, por último, esta relevancia del Tribunal Constitucional se expresa, respecto de los demás Tribunales, cuando aquel

declara la conformidad de una ley respecto de la Constitución a través de una interpretación que reconoce la validez de aquella.

5.7. El control del poder.

La idea del control del poder recorre gran parte de la historia del constitucionalismo medieval y moderno. Dicha historia se puede simplificar en la tensión entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, entre privilegios y justicia (Matteucci, 1998, p. 29 y ss.; Bongiovanni, 2000, p. 67 y ss.). En lo que respecta al constitucionalismo moderno y al control jurisdiccional del ejercicio del poder encontramos dos experiencias pioneras en el constitucionalismo estadounidense; la primera es la Constitución de Pensilvania que creó el Consejo de Censores encargado de vigilar que los poderes públicos respeten la integridad del texto constitucional. Además, ésta constitución supuso «poner a la luz la fundamental diferencia entre la concepción puramente estatutaria, o política, de la Constitución y su concepción jurídica como norma suprema» (Acosta, 1998, p. 80 y ss.). La segunda, tiene que ver con la consideración de la Constitución Federal como norma jurídica (Hamilton, Madison y Jay, 1998, p. 332) y la formación y consolidación del *judicial review of legislation* o control de constitucionalidad de las leyes (Acosta, 1998, p. 93) (Jiménez, 2005, p. 91 y ss.). Luego de esta experiencia no será hasta casi mediados el siglo veinte en que el carácter normativo de la Constitución y el Estado Constitucional de Derecho se empiezan a consolidar tanto en Europa como en América Latina. Es decir, en este periodo se reafirma que el control del ejercicio del poder, entre ellos el control jurisdiccional, es una característica inherente de la idea de Constitución, que se arraiga con la aparición del Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, debemos precisar que se entiende por control del poder. Esta no es más que toda garantía realmente eficaz (Aragón, 1999, p. 70) orientada

a criticar y/o controlar la acción del poder a fin de evitar que cometa abusos (1999, p. 57).

Como hemos podido apreciar una de las características de la Constitución del Estado Constitucional de Derecho es su carácter normativo, que para garantizarla de modo efectivo se requiere necesariamente de medios de control del poder. Sin estos «no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su «realización»; ocurre, simplemente, que no hay Constitución» (p. 54).

También señalar que el control del poder puede ser no institucionalizado e institucionalizado. El primero, igualmente llamado control social, se caracteriza por ser general y difuso; es ejercido a través de la opinión pública, de los medios de información social, etc. (pp. 64 y 109). Cabe precisar, que en este tipo de control los agentes que los realizan no están sometidos a un procedimiento preestablecido y particular de control (p. 109).

En cambio, el control institucionalizado del poder se caracteriza porque «los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir poseer una potestad jurídicamente establecida» (p. 108).

5.7.1. El control social.

El control social se caracteriza por ser un control no institucionalizado; es decir, que quienes lo realizan no se someten a un procedimiento regulado y concreto de control (p. 109). Es por ello que se dice del mismo que tiene un «carácter difuso y su condición de genérica originan que unas veces el agente que limita sea a la vez el que controla, y otras que el agente del control garantice las limitaciones producidas

por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto» (p. 65).

Este tipo de control se realiza por lo general a través de la opinión pública y medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional, con ocasión del ejercicio del control social respecto de los regímenes de excepción, ha expresado que

«existe un razonable y justificado interés público por ejercer control social sobre las decisiones de la Administración Pública, más aún en aquellos supuestos en los que dichas decisiones implican la restricción de derechos fundamentales, como efectivamente ocurre en los regímenes de excepción.

Por ello, si tomamos en consideración que en el caso concreto, el estado de emergencia fue declarado en todo el territorio nacional; existe por demás un interés en conocer si existieron, realmente, motivos suficientes para adoptar una decisión de tal magnitud, o si, por el contrario, bajo pretexto de un clima de inestabilidad y alteración del orden público en determinadas zonas del país; se optó por la medida desproporcionada, es decir, por comprender dentro del régimen de excepción a aquellos lugares en los que el grado de perturbación del orden interno no revestía de una gravedad que justificara su inclusión en dicho régimen» (STC 1805-2007, PHD, FJ. 4 y 5).

5.7.2. El control político.

Como ya señalamos al iniciar el presente subcapítulo, para ejercer éste control los agentes deben tener reconocida ésta competencia. Esto no significa que todo control político es, también jurídico. Por más que esté regulada su característica principal consiste en que el control se realiza teniendo en cuenta

criterios de oportunidad (Aragón, 1999, p. 107); es decir, es un control eminentemente subjetivo.

Ahora bien, los titulares de esta competencia no son todos los actores o agentes políticos – como los partidos o movimientos políticos - sino el Congreso de la República, los grupos parlamentarios, los congresistas a título individual. Por otra parte, el objeto del control son siempre los órganos de poder. Dicho control podrá hacerse solamente sobre el órgano o a través de las acciones de poder realizadas por el órgano controlado (1999, p. 110).

También indicar que debido a la condición subjetiva del control político, el parámetro de control es subjetivo, variable y «no necesariamente preexistente» (p. 112). Por ello, «la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio» (p. 112). Dicha valoración no se realiza con la utilización de técnicas jurídicas (p. 113). Y respecto del resultado, señalar que un control político con desenlace negativo no tiene necesariamente como consecuencia una sanción, «el control político no posee efectos sancionatorios *per se*; es decir, de manera inexorable [...]» (p. 115).

Sobre el control político, el Tribunal Constitucional ha señalado que el

«Parlamento es un órgano político por naturaleza, basado en el mandato representativo, en la elección directa de sus representantes y en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Refleja en su composición a todos los sectores (e intereses) de la sociedad [principio del pluralismo] y, en su seno, quienes los representan debaten públicamente sobre las cuestiones más trascendentales que conciernen a la *res publica*» (STC 0004-2011, PI, FJ. 4).

Y es debido a ésta característica que el Tribunal Constitucional ha señalado que

«Precisamente por ello, aunque el derecho regule jurídicamente el ejercicio del control parlamentario, éste no está en la capacidad de alcanzar a los *criterios* que se empleen para

evaluar las medidas gubernamentales que se adopten. La regulación jurídica del control político no se proyecta sobre el contenido y la intensidad con que tal control pueda realizarse. Sólo representa el establecimiento de reglas que disciplinan los procedimientos de desempeño de la función misma.

De ahí que, [...], los *criterios* de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultados para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas [...] pueden tener al derecho como fundamento, pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe un catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político.

El carácter político del control parlamentario [...] también se aprecia en el objetivo de éste, que es el control del órgano del que emanan (el Poder Ejecutivo)» (STC 0004-2011, PI, FJ. 5).

Además, el Tribunal Constitucional explica que el control político realizado por el Congreso de la República puede recaer sobre cualquier documento jurídico de rango y jerarquía de ley al establecer que

«Siendo político el control parlamentario [...], éste se ejerce con absoluta libertad de criterio por el Congreso, sin que sea determinante que se realice conforme a normas constitucionales o aquellas que conforman el bloque de constitucionalidad, como sucede cuando se realiza el control jurídico. Desde esta perspectiva, el Congreso puede rechazar un decreto de urgencia por considerarlo inoportuno, políticamente inadecuado o tal vez

inconveniente, es decir, por razones meramente políticas» (STC 0004-2011, PI, FJ. 8).

5.7.3. El control jurídico.

A diferencia del control político, el control jurídico se distingue por su carácter objetivado, es decir, que la medida o pauta de control es un conjunto de normas jurídicas preexistentes e indisponibles para el órgano que tiene la competencia del control jurídico. Por tanto, el criterio de valoración utiliza el método jurídico (Aragón, 1999, pp. 70 y 113), se fundamenta en razones jurídicas.

Además, el control jurídico tiene un doble carácter necesario. El primero, referido a que si el órgano que tiene competencia para el control jurídico es requerido para tal fin, tiene necesariamente que ejercer el control y, el segundo, si el resultado del control es adverso, el órgano competente para el control jurídico tiene necesariamente que emitir una sanción (1999, p. 70).

El órgano de control jurídico verifica que las condiciones preestablecidas en la Constitución u otro documento jurídico del bloque de constitucionalidad se hayan respetado; por ello, el objeto de este tipo de control son los actos o productos objetivados de los órganos sujetos a control (pp. 71 y 72). Por último indicar, que el control jurídico siempre es materializado por «órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho: en esencia los órganos judiciales [...]» (p. 71).

Sobre el control jurídico el Tribunal Constitucional ha indicado que en éste se utiliza como «criterio de evaluación por antonomasia [...] el de validez/invalidéz del objeto controlado, [...]» (STC 0004-2011, PI, FJ. 5). Igualmente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que

«el control jurídico se realiza siempre sobre una norma (ley, decreto de urgencia u ordenanza municipal, por ejemplo) y no puede ser entendido como un control sobre el órgano que emite la norma, ya que se encuentra orientado a garantizar la primacía de la Constitución, *artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*» (STC 0004-2011, PI, FJ. 5).

Y respecto de los órganos competentes para ejercer el control jurídico ha especificado que

«en las democracias constitucionales la última palabra sobre la validez jurídica de las normas legales se encuentra en manos de los tribunales de justicia y, en particular, de este Tribunal, al que el artículo 201º de la Constitución le confía la tarea de ser el órgano de control de la Constitución. De modo pues, que el resultado del control político de constitucionalidad de las leyes no vincula jurídicamente a este Tribunal. Y tampoco tiene como efecto «convalidar» y, por tanto, hacer inmune al control jurisdiccional la norma que hubiese podido ser sometida al control político» (STC 0004-2011, PI, FJ. 9).

Un asunto importante a dilucidar es si el control jurídico que realice el Tribunal Constitucional debe ser material o formal o material y formal. Con la finalidad de salvaguardar el principio de supremacía constitucional y el carácter de documento jurídico de la Constitución el control que ejerza el Tribunal Constitucional tiene que ser integral; es decir, formal y material. No hacerlo de este modo significaría reconocerle al presidente de la República competencias exorbitantes o poderes supraconstitucionales (SCC 004/92, p.42), rompiéndose de este modo el equilibrio de poderes, la recíproca fiscalización y colaboración entre las diversas funciones del poder. Además, el control se hace necesario debido a que el documento jurídico que declara el estado de excepción afecta los derechos fundamentales de las personas que viven bajo el estado de excepción.

También, el constituyente ha querido que el Tribunal Constitucional sea el órgano competente para controlar la vigencia y supremacía de la Constitución. Y justamente, para mantener la plena vigencia de la supremacía de la Constitución (STC 2409-2002, AA, FJ. 1, a), el control tiene que ser necesariamente integral.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional con ocasión del control jurídico de unos decretos legislativos aprobados por el ejecutivo aborda el asunto del control formal y material, cuyo desarrollo es perfectamente aplicable para el supuesto en que el Tribunal tuviera que controlar un decreto de estado de excepción. Expresa el Tribunal que

«Como este Tribunal ha señalado, «es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43º de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estadales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, per se, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental» (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 57). Por ello, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad

formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución» (STC 0004-2011, PI, FJ. 14).

Finalmente, recordar lo que el Tribunal Constitucional ha expuesto sobre cuáles serían sus cometidos, al suscribir que

«tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente, se encarga de velar por el respeto y protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución». [...] en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal» (STC 2409-2002, AA, FJ. 1, a).

Además, el Tribunal Constitucional ha expresado que

«A mayor abundamiento, es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admiten «zonas de indefensión», menos aún de los denominados estados de excepción previstos en el artículo 137.º de la Constitución, y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y

tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicho material» (STC 2409-2002, AA, FJ. 1, b).

Esta afirmación del Tribunal Constitucional deja abierta la posibilidad de revisar, en dicha sede, las declaraciones de los estados de excepción; es decir, el Tribunal Constitucional podrá controlar la constitucionalidad los documentos jurídicos que declaren los estados de excepción al no admitir «zonas de indefensión». (STC 2409-2002, AA, FJ. 1, b).

Esto es así debido a que en el Estado Constitucional de Derecho y en la democracia como forma de Estado y de gobierno, no admite que los poderes constituidos ejerzan sus competencias sin control. Más aún, «sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma» (Aragón, 1999, p. 15).

Además, las declaratorias de los estados de excepción son documentos jurídicos del Ejecutivo de carácter extraordinarios y regulados por la Constitución por lo que tienen necesariamente que ser controlados por la jurisdicción constitucional, con la finalidad salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, el Estado democrático y la supremacía de la constitución.

Por último y respecto a lo expresado en el cuarto párrafo del fundamento jurídico 1, b de la Sentencia contenida en el Expediente N° 2409-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional más de un año después parece que cambia de opinión al señalar que el control jurídico sólo puede realizarse bajo dos situaciones. La primera, en los casos en que declarado el estado de excepción, si la restricción del derecho fundamental de las persona no tiene relación con los hechos que motivaron tal declaración. Y la segunda, relacionada con el *iter* del procedimiento de declaración del estado de excepción, el Tribunal Constitucional sólo puede realizar control jurídico formal del documento jurídico que declara el estado de excepción si no se ha

seguido el procedimiento establecido en las disposiciones normativas (STC 0017-2003, AI, FJ. 18, I).

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional sobre el control jurídico de los decretos que declaran el régimen de excepción da un nuevo giro al no permitir ni siquiera el control formal, ya que después de la mencionada jurisprudencia ha declarado «que el juez no podrá cuestionar la vigencia del régimen de excepción» (STC 01805-2007, PHD, FJ. 4).

Como podemos apreciar el Tribunal Constitucional no argumenta su posición, ya que sólo se limita a transcribir casi textualmente la respectiva disposición normativa constitucional; es decir, la parte final del último párrafo del artículo 200 de la constitución Política del Perú de 1993. El Tribunal Constitucional no se esfuerza por interpretarlo ni extraer las normas jurídicas constitucionales contenidas en dicha disposición. Pareciera, pues, que el Tribunal Constitucional incurre en arbitrariedad, por falta de argumentación.

CAPITULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 200° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

En el presente capítulo vamos a argumentar que el Artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993 formula en una de sus partes un enunciado normativo que comprende una norma de competencia contenida en una norma implícita. Para ello, desarrollaremos el concepto de competencia y norma de competencia. Luego expondremos la noción de Constitución que utilizamos en el presente trabajo así como los criterios de interpretación de constitucional a los que recurriremos. Después, estableceremos la estructura del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993 con el propósito de identificar el enunciado normativo que contiene la norma de competencia de la que hablamos. Finalmente, determinaremos el significado de éste enunciado.

También y antes de entrar de lleno al presente capítulo, hacer explícito el proceso general de la argumentación propuesta que nos llevará a la identificación de la norma de competencia y la norma implícita arriba mencionada.

Existe en el ordenamiento jurídico peruano una norma que obliga a todos los peruanos defender la Constitución (Const. 1993, art. 38). Además, las normas constitucionales son las normas jurídicas de mayor jerarquía de todo el

ordenamiento jurídico peruano (Const. 1993, arts. 51 y 138). A su vez, tenemos que el presidente de la República y los miembros del Tribunal Constitucional son peruanos (Const. 1993, arts. 38, 110 y 201).

Asimismo, corresponde – aunque no el único - al Tribunal Constitucional el control jurisdiccional de la Constitución Política del Perú de 1993 (Const. 1993, arts. 38, 201 y 204). Por otra parte, la Constitución establece las reglas para la declaración de los estados de excepción (Const. 1993, art. 137).

Por ello, el presidente de la República y los miembros del Tribunal Constitucional están obligados a defender la Constitución Política del Perú de 1993. Igualmente, el presidente de la República está obligado a cumplir con las reglas para la declaración de los regímenes de excepción. Del mismo modo, concierne, en general, al Tribunal Constitucional el control jurisdiccional de la Constitución y, en particular, el control jurisdiccional de las reglas que declaran el estado de excepción – ésta es la norma de competencia contenida en una norma implícita que identificaremos y justificaremos en el presente capítulo.

6.1. Competencia y normas de competencia.

En el presente acápite desarrollaremos el concepto de competencia y de norma de competencia.

6.1.1. Competencia.

La noción de competencia está estrechamente vinculada a la de autoridad. Este concepto involucra un agregado de normas que establecen quién está autorizado para producir determinadas disposiciones, «su forma y contenido, o bien hace referencia a un determinado estado de cosas en el cual un sujeto consigue imponer, de alguna forma, sus decisiones a otros, influyendo en su conducta» (Mendonça, 2000, p. 125) (Hernández, 1998, p. 307; Guastini, 1999, p. 308 y ss.; Guastini, 2007, p. 79 y ss.; Ferrer, 2000, Guibourg, 2003, p. 57; Moreso y Vilajosana, 2004, p. 83; Bulygin y Mendonça, 2005, p. 55 y ss.; Ferrajoli, 2011, p. 58 y ss.; Nino, 2005, p. 92; Alchourrón y Bulygin, 2006, p. 208 y ss.; Prieto, 2011, p. 68 y ss.).

Desde un sentido normativo (2000, p. 125), se define la autoridad de la siguiente manera: «A es autoridad respecto de un sujeto S, si y solo sí, A está habilitado (autorizado) por un conjunto de normas C para dictar (o derogar) prescripciones dirigidas a S» (p. 125).

Ahora bien, de lo expresado hasta momento, podemos decir que la competencia no es más que la posibilidad de tomar decisiones que se convierten en normas válidas (Guibourg, 2003, p. 58). O dicho en palabras del Tribunal Constitucional la competencia «hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5).

Además, el Tribunal Constitucional precisa que

«En principio, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él. La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado, a través

de uno de sus órganos u organismos constitucionales puede manifestar válidamente, fruto de una competencia imperativa o discrecional –según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad-, su voluntad política.

La competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5).

El ámbito personal se refiere a que la Constitución, y demás normas del bloque de constitucionalidad, determinan qué autoridad o autoridades se encuentran facultadas para ejecutar una determinada acción a nombre y en representación del Estado (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5). El ámbito material alude a que la «Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué tipo de acto estatal puede ser realizado por un determinado agente u operador del poder político [...] (normar, administrar, ejecutar, dirimir conflictos, controlar)» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5).

En cuanto al ámbito temporal, tenemos que la «Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el período de validez del acto estatal ejecutado» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5). Respecto del ámbito territorial, la «Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5). Y respecto del ámbito procesal, la «Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen la forma o mecanismo como deberá realizarse el acto estatal» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5).

Además, en la resolución antes citada, el Tribunal Constitucional establece las notas condicionantes de la competencia de la acción estatal. Estas son la indelegabilidad, taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Para efectos del presente trabajo interesa detenernos en el condicionante de la taxatividad.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional las competencias del Estado están limitadas a lo expresamente regulado. Luego, expresa que las competencias asignadas pueden ser regladas o discrecional (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5). Es decir, el Tribunal Constitucional ha señalado que

«El ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido. Esta competencia no puede ser ampliada o extendida en modo alguno. Más aún, las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva. En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que «sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido», ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que «aquello que no está prohibido, está permitido»» (RTC 0013-2003, CC, Fj. 10.5).

También, indicar que esta característica de la taxatividad ha sido relativizada por el propio Tribunal Constitucional al hacer suya la doctrina de los poderes implícitos. El Tribunal Constitucional

«considera, en primer lugar, que no es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución.

Es el caso, desde luego, de atribuciones que no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son inmanentes a la función (poderes implícitos). Como sostuviera el *Chief Justice* John Marshall, en el *Leanding Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: «Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura

nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales» (citado por Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. I Poderes federales y estatales*, UNAM, México 1966, pág. 125). (STC 013-2002, AI, Fj. 1).

6.1.2. Norma de competencia.

Designaremos como norma de competencia a toda norma contenida en un enunciado normativo en el cual «**[NC]**: El órgano O, mediante el procedimiento P, puede (o podrá, o está autorizado para, o es competente para o tiene la competencia para, etc.) regular la materia M» (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 83).

Conviene señalar que el principal problema en torno a las normas de competencia es el desacuerdo respecto a su naturaleza (Mendonça, 2000, p. 125; Hernández, 1998, p. 307 y ss.; Guastini, 1999, p. 308 y ss.; Ferrer 2000; Bulygin y Mendonça, 2005, p. 55 y ss.). Sobre el particular, en la teoría del derecho existen tres grandes grupos que intentan dar razón sobre la naturaleza de estas normas. El primero, señala que las normas de competencia son normas de obligación indirectamente formuladas; es decir, que cuando la norma de competencia autoriza al órgano «O» a crear normas, lo que hace es obligar indirectamente a los destinatarios de las normas

creadas por el órgano O a obedecer las mismas (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 83).

En segundo lugar, tenemos la concepción de las normas de competencia como normas permisivas; es decir, son normas que permiten al órgano «O» crear normas sobre determinada materia (2004, pp. 84 y 85). Y, Por último, tenemos la concepción de que las normas de competencia son normas constitutivas, que es la posición asumida mayoritariamente por los autores (pp. 85 y 86). En virtud de ésta concepción, «las normas de competencia califican como válidas a las normas creadas en el ejercicio de [su] ³⁸ competencia» (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 85) por el órgano «O».

6.2. Noción de constitución. Criterios a utilizar en la interpretación de la Constitución.

En el presente subcapítulo se tratará la noción de Constitución utilizada en el presente trabajo y de los siguientes criterios de interpretación: principio de unidad de la constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección funcional, principio de función integradora, interpretación sistemática, interpretación literal y la interpretación restrictiva.

6.2.1. Noción de Constitución.

³⁸ El añadido entre corchetes es nuestro.

El entendimiento de la Constitución como documento jurídico implica la imposibilidad de la existencia de actos de los poderes públicos cuya validez no sea objeto de control constitucional. Afirmar lo contrario significaría que en ciertos ámbitos la Constitución no es un documento jurídico sino un mero estatuto o documento político, «incapaz de vincular al poder» (STC 05854-2005-PA, Fj. 7). Por otra parte, esta idea de Constitución comporta la existencia de procesos constitucionales para alcanzar su máxima protección, a los que se recurrirá cuando el poder público ejerza sus competencias sin respetar, en particular, los derechos fundamentales de las personas ni, en general, la Constitución (Guastini, 2010b, p. 38 y ss.; Guastini, 2007, p. 23 y ss.; Comanducci, 2010, p. 115 y ss.).

6.2.2. Criterios de interpretación.

De manera breve señalaremos el significado de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional y función integradora, sistemática, literal y restrictiva.

a. Principio de unidad de la Constitución. Por el cual la «interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico» (Pérez, 2007, p. 128). En otras palabras, se realiza a partir de la consideración de la misma como un todo, desde el cual se establece el sistema jurídico en su totalidad (STC 5854-2005-PA, Fj. 12, a).

b. Principio de concordancia práctica. Dispone que «toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta *optimizando* su interpretación, es decir, sin *sacrificar* ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que[...]todo precepto constitucional, incluso aquellos perteneciente

a la denominada *Constitución orgánica* se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado [...]» (STC 5854-2005-PA, Fj. 12, b).

c. Principio de corrección funcional. En virtud del cual a interpretación de la constitución no tiene que «desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución» (Pérez, 2007, p. 128); (STC 5854-2005-PA, Fj. 12, c).

d. Principio de función integradora. Establece que la «Constitución debe ser un instrumento de *agregación* y no de *desagregación* política de la comunidad» (Pérez, 2007, p. 128). Es decir, sólo será válida la interpretación «que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad» (STC 5854-2005-PA, Fj. 12, d).

e. Interpretación sistémica. En virtud de la cual el significado de los enunciados normativos se obtienen a partir del conjunto de disposiciones que regulan una determinada materia o una determinada institución. En este tipo de interpretación se toma en cuenta el contexto en el que se ubica la disposición para obtener su significado (Guastini, 1999, p. 227 y ss.; Guastini, 2010b, p. 71 y ss.).

f. Interpretación literal. Consiste en asignar a un enunciado normativo «su significado prima facie, o sea, el más inmediato o intuitivo, el que corresponde a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua» (Guastini, 2010b, p. 67 y ss.).

g. Interpretación restrictiva. Es aquella que excluye del ámbito de la interpretación determinados supuestos, que de acuerdo a la interpretación literal, «deberían formar parte del mismo» (2010b, pp. 70 y 71).

6.3. Estructura del Artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Para poder encontrar la norma de competencia antes aludida, habrá que determinar, en primer lugar, cuántas partes contiene el mencionado artículo; luego, precisar en cuál se haya el enunciado normativo de interés para la presente investigación. Podemos establecer que el Artículo 200° de la vigente Constitución Política del Perú se encuentra dividido en cuatro apartados y diez enunciados normativos.

6.3.1. Primera parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Esta parte contiene los siguientes enunciados normativos **(EN)**:

«Son garantías constitucionales» (Const. 1993, art. 200):

EN₁:

«La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos» (Const. 1993, art. 200.1).

EN₂:

«La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la

Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular» (Const. 1993, art. 200.2).

EN₃:

«La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución» (Const. 1993, art. 200.3).

EN₄:

«La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo» (Const. 1993, art. 200.4).

EN₅:

«La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen» (Const. 1993, art. 200.5).

EN₆:

«La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley» (Const. 1993, art. 200.6).

Como podemos observar, en este primer apartado encontramos, al menos, seis enunciados normativos de carácter no práctico o definiciones (Atienza, 2001, p. 76; Hernández, 1998, p. 231) que nos dicen en que consiste cada proceso constitucional regulado por la Constitución.

6.3.2. Segunda parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Este párrafo contiene sólo un enunciado normativo **(EN)**:

EN₇:

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

En este apartado la Constitución ordena, mediante el enunciado normativo constitutivo o de mandato, a los legisladores dictar una ley orgánica que desarrolle el contenido del primer apartado.

6.3.3. Tercera parte del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Esta sección contiene sólo un enunciado normativo **(EN)**:

EN₈:

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

Aquí el legislador constitucional establece una salvaguarda, a través de un enunciado normativo regulativo, para los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo en el sentido de que no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción.

6.3.4. Cuarta parte del artículo 200º de la Constitución Política del Perú de 1993.

Esta parte establece dos enunciados normativos **(EN)**:

EN₉:

«Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo» (Const. 1993, art. 200, último párrafo).

EN₁₀:

«No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio» (Const. 1993, art. 200, último párrafo.6).

En este enunciado normativo de mandato, podemos apreciar, en primer lugar, que el constituyente establece la obligación del órgano jurisdiccional de

revisar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo de los derechos durante la vigencia del régimen de excepción. Y, en segundo lugar, tenemos un enunciado normativo constitutivo que establece una atribución, expresada de modo negativo, respecto del cuestionamiento de la declaración del régimen de excepción.

6.4. El enunciado normativo EN₁₀ de la cuarta parte del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Pues bien, llegados a este punto, nos interesa determinar el significado del enunciado normativo **EN₁₀** de la cuarta parte del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993.

El enunciado normativo **EN₁₀** es:

«No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio» (Const. 1993, art. 200, último párrafo.6).

6.4.1. Determinaciones previas.

Antes es preciso determinar que debemos entender por la expresión lingüística «juez» mencionado enunciado normativo **EN₁₀** y que debemos entender por el término «magistrado».

En primer lugar, indicar que la Constitución utiliza, en algunas ocasiones, los términos «juez» y «magistrado» como expresiones sinónimas, para designar

a todo funcionario público que tiene la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (Diccionario Trivium, 1998, p. 377) ; tal como se puede apreciar en el segundo y tercer párrafo del artículo 146 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En segundo lugar, nuestra Constitución utiliza la palabra «juez» para referirse a todos funcionarios públicos - de cualquier jerarquía dentro de la carrera judicial - que tienen la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (1998, P. 377), tal como se constata en los incisos 1 y 2 del artículo 154 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En tercer lugar, la propia Constitución utiliza de modo restringido la expresión lingüística «juez» para referirse a aquellos funcionarios públicos – de las categorías de menor jerarquía dentro de la carrera judicial (juez de paz y juez de primera instancia) - que tienen la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (P. 377), tal como se puede apreciar en el primer y tercer párrafo del artículo 152 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En cuarto lugar, la Constitución utiliza la palabra «magistrado» para referirse a aquellos funcionarios públicos – las dos categorías de mayor jerarquía dentro de la carrera judicial (Superior y Supremo) - que tienen la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (p. 377) y de revisar lo juzgado por el juez; tal como se aprecia en la primera línea y en el inciso 4 del artículo 147 de la Constitución Política del Perú de 1993.

También, y en quinto lugar, la Constitución utiliza la palabra «magistrado» para referirse a los miembros del Tribunal Constitucional; tal como se puede observar en el último párrafo del artículo 201 de la Constitución Política del Perú de 1993.

De lo expresado hasta el momento, hay que resaltar que la Constitución se refiere, de modo exclusivo, a los miembros del Tribunal Constitucional como magistrados. Afirmación que viene confirmada por el legislador ordinario al desarrollar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, que en

veinte ocasiones se refiere a sus integrantes como magistrados. Igualmente, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC, se refiere, en más de sesenta veces, a los integrantes del Tribunal como magistrados.

Por ello, la expresión lingüística «juez» contenida en el enunciado normativo **EN₁₀** no incluye a los miembros del Tribunal Constitucional. Dicho de otra forma, el término «juez», contenido en el enunciado normativo antes referido, alude a todos los funcionarios públicos - de cualquier jerarquía dentro de la carrera judicial - que tienen la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (p. 377), tal como se constata en los incisos 1 y 2 del artículo 154 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Además, desde una interpretación sistemática se llega a la misma conclusión; es decir, teniendo en cuenta el contexto en el que se ubica la disposición que contiene la expresión lingüística «juez» se puede determinar que la restricción que establece el enunciado objeto de estudio se refiere a todos los funcionarios públicos – de cualquier jerarquía dentro de la carrera judicial – que tienen la «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (p. 377).

Por otra parte, no hay que olvidar que el legislador constitucional de 1993 conocía que a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales se les llamaba magistrados (Ley N° 23385, 1982, art. 10 al 18); por lo que, si hubiera querido que la restricción establecida en la última parte del párrafo final del artículo 200 de la Constitución Política de 1993 sea para los miembros del Tribunal Constitucional habría empleado la expresión lingüística «magistrado» en vez de la de «juez». Por ello, entendemos que ésta restricción no alcanza a los magistrados del Tribunal Constitucional.

6.4.2. Argumento «a contrario» y normas implícitas.

Para determinar el significado del enunciado normativo **EN₁₀** utilizaremos el argumento jurídico denominado argumento «*a contrario*», en su versión de argumento creador de normas (Martínez, 2010, p.84 y ss.), el cual expresa que dada «una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido» (Mendonça, 2000, p. 168) (Mendonça y Guibourg, 2004, p. 108; Moreso, 2006, p. 143; Guastini, 1999, p. 214; Guastini, 2010b, p. 68; Tarello, 2013, p. 313 y ss.).

Sobre el empleo de este argumento tenemos, por ejemplo, la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de los artículos 142° y 181° de la Constitución. El primero expresa, en su único enunciado normativo, que no «son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces».

El segundo formula, en su tercer y cuarto enunciado normativo, que en «materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno».

Respecto de este tema el Tribunal Constitucional, utilizando el argumento «*a contrario*», ha señalado que

«se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional» (STC 5854-2005, PA, Fj. 35).

A contrario sensu, «toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente» (STC 5854-2005, PA, Fj. 35).

Por otra parte, este argumento jurídico nos permitirá obtener una norma implícita, es decir, una norma «que ninguna autoridad normativa ha formulado» (Guastini, 2010b, p. 36) (Guastini, 2014, p. 165) (Laporta, 2007, p. 213) de modo expreso.

Igualmente, la identificación de normas implícitas no es ajena en el ordenamiento jurídico peruano. El Tribunal Constitucional, en ocasión de identificar el derecho a la verdad, señaló que éste forma parte de los derechos implícitos y como es obvio, estos se encuentran contenidos en normas jurídicas implícitas.

En aquella oportunidad el Tribunal Constitucional señaló que

«el **derecho a la verdad** aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo el Tribunal considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos³⁹, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente» (STC 2488-2002, HC, Fj. 13).

6.4.3. Significado del enunciado normativo EN₁₀.

³⁹ El subrayado es nuestro.

Volviendo al enunciado normativo **EN₁₀**:

«No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio» (Constitución, 1993, art. 200).

Del enunciado normativo **EN₁₀** se pueden, por lo menos, obtener dos normas jurídicas; una de ellas expresa y la otra implícita:

- La norma jurídica expresa **EN₁₀NJE** sería la siguiente:

«Los funcionarios públicos - de cualquier jerarquía dentro de la carrera judicial - que tienen la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no son competentes para cuestionar la declaración de los estados de excepción».

- La norma jurídica implícita **EN₁₀NJI** (y para expresarlo en los mismos términos que la norma jurídica expresa) sería la siguiente:

«Los magistrados del Tribunal Constitucional son competentes para cuestionar la declaración de los estados de excepción».

Como podemos apreciar el significado del enunciado jurídico **EN₁₀** se corresponde con la norma jurídica expresa **EN₁₀NJE**, que prohíbe a los jueces - de cualquier jerarquía dentro de la carrera judicial – cuestionar la declaración de los estados de excepción. Así mismo, del enunciado normativo **EN₁₀** se deriva *a contrario sensu* la norma jurídica implícita **EN₁₀NJI**, por la cual le corresponde al Tribunal Constitucional el control de las declaraciones de los estados de excepción.

Dicho de otra forma, el significado del enunciado normativo antes mencionado sería que los magistrados del Tribunal Constitucional son competentes para cuestionar la declaración de los estados de excepción. Y esto es así necesariamente, puesto que si el constituyente hubiera querido incluir, en el enunciado normativo que estamos analizando, a los magistrados del Tribunal Constitucional así lo hubiera hecho, y que su no inclusión demuestra que la

voluntad del constituyente es que dichos magistrados pueden controlar los documentos jurídicos que declaran los estados de excepción.

Por otra parte, esta interpretación ofrece la ventaja de mantener la unidad de la Constitución; es decir, respeta «la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto y las decisiones fundamentales de la Constitución» (Landa, 2006, p. 153). En segundo lugar, no sacrifica los valores, principios y derechos, por el contrario, busca garantizar de la mejor manera, los derechos fundamentales de las personas y en última instancia la dignidad humana, cuya defensa y respeto «son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (Const., 1993, art. 1).

En tercer lugar, esta interpretación no desvirtúa el reparto de funciones ni el equilibrio o separación de poderes. Todo lo contrario, tal como se viene entendiendo dicho enunciado jurídico otorga una competencia exorbitante al ejecutivo, al no permitir la revisión jurisdiccional, en sede constitucional, de las declaraciones del estado de excepción; ocasionando con ello un desequilibrio de poderes y zonas exentas de control, que como hemos visto en el capítulo anterior, contrarían la lógica del Estado Constitucional de Derecho y la voluntad del constituyente.

En cuarto lugar, esta interpretación permite, no sólo, una mayor cohesión de la sociedad sino también que todas las personas se identifiquen con una Constitución que garantiza su dignidad y derechos fundamentales bajo cualquier circunstancia y con mayor razón en situaciones de excepcionalidad. Es decir, permite una mejor integración y ordenación de las relaciones entre los poderes públicos y entre estos y la sociedad.

Y, por último, esta competencia es inmanente a la función del Tribunal Constitucional, ya que se encarga

«en cuanto Poder Constituyente Constituido, [...] de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la

persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal» (STC 2409-2002, AA, Fj. 1, a).

6.4.4.- Colofón procesal y jerarquía y rango de los documentos jurídicos que declaran el régimen de excepción.

Este colofón se justifica debido a que creemos que la competencia del Tribunal Constitucional de controlar la declaración de los estados de excepción se corresponde con un proceso constitucional distinto a los establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 y en el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 y sus modificatorias.

a. Legitimidad activa para el control jurisdiccional de los documentos jurídicos que declaran los regímenes de excepción. Con la promulgación y publicación de los documentos jurídicos que declaran los estados de excepción, el Ejecutivo ejerce un «poder propio» (Otto, 1987, p. 195) o competencia para legislar en casos en que deba dar respuesta a las «graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación» (Const., 1993, art. 137, 13).

Por otra parte, esta competencia para legislar del Ejecutivo es sustancialmente diferente de la legislación delegada; aquella se ejerce sin autorización previa. Sin embargo, esto no significa que ésta competencia legislativa del Ejecutivo no esté sujeta a los controles sociales, políticos y jurídicos; en particular del control jurisdiccional en sede del Tribunal Constitucional. Esto es así debido a la «supremacía del texto Constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona» (STC 2409-2002, AA, Fj. 1, a), por el carácter normativo de la constitución y por ser

el estado de excepción materia constitucional. En fin, el control jurisdiccional busca garantizar, dentro de los límites que la Constitución establece, la libertad e igualdad de todos los ciudadanos aún en los estados de excepción.

Como ya hemos dicho el Ejecutivo ejerce un poder propio de legislar, por ello la legitimación activa del control jurídico no le corresponde al Congreso, debido a que no estamos ante el supuesto de legislación delegada. Entonces ¿Quién o quienes estarían legitimados para activar el control jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción?

Creemos que es posible determinar, parafraseando el interés en la legalidad, que una de las situaciones jurídicas sustanciales legitimantes (Gutiérrez de Cabiedes, 1999, p. 236 y ss.) es el interés en la constitucionalidad - que encuentra su fundamento en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución Política del Perú de 1993 - por ello corresponde, en primer lugar y de oficio, al Tribunal Constitucional⁴⁰ el control jurídico del decreto al que aluden los incisos 1 y 2 del artículo 137⁴¹ de la Constitución Política del Perú de 1993.

En segundo lugar y como ya hemos dicho líneas arriba, con la finalidad de lograr una mejor integración y ordenación de las relaciones entre los poderes públicos y entre estos y la sociedad, se debe otorgar la legitimación activa a

⁴⁰ Cabe recordar que Marcial Rubio Correa señala que es posible el control jurisdiccional de los regímenes de excepción; aunque no especifica que órgano jurisdiccional es competente, nos parece que implícitamente se refiere al Tribunal constitucional.

⁴¹ **Constitución Política del Perú de 1993:**

«Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede **decretar**, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al **decretarse** el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso». El resaltado es nuestro.

cualquier ciudadano o ciudadana. Por último, es posible establecer la legitimación institucional a favor de la Defensoría del Pueblo.

b. Jerarquía y rango del documento jurídico que declara el régimen de excepción. Tradicionalmente, desde la aprobación de las Constituciones de 1979 y 1993 se viene interpretando la expresión «decretar» - la expresión «decretarse» corre la misma suerte – contenidas en el artículo 137 de la Constitución Política de 1993, como equivalente a decreto supremo; es decir, la declaración del régimen de excepción se hace por decreto supremo. A nuestro entender ésta es una interpretación y una práctica contraria a lo que dispone la Constitución.

En primer lugar, los estados de excepción son materia constitucional y su declaración no puede hacerse por documento jurídico de rango inferior a la ley.

En segundo lugar, tenemos un documento jurídico que afecta, si bien es cierto momentáneamente, el equilibrio de poderes a través de una concentración a favor del Poder Ejecutivo, de «competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política» (STC 0017-2003, AI, Fj. 18, a). Por lo que esta «ruptura» del equilibrio no puede hacerse con un documento jurídico de rango y jerarquía menor a la ley.

En tercer lugar, tenemos un documento jurídico que puede restringir de modo transitorio, en unos casos el ejercicio de ciertos derechos fundamentales y en otros el margen para restringir el ejercicio de los derechos fundamentales es más amplio. Por ello, la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales no parece adecuado ni constitucional que se haga por decreto supremo.

En cuarto lugar, teniendo en cuenta que los tratados internacionales «forman parte del derecho nacional» (Const., 1993, art. 55) y que las «normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con

los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Const., 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria) los derechos fundamentales deben, también, garantizarse en situaciones declaradas de excepcionalidad o anormalidad institucional, con un documento jurídico de rango y jerarquía de ley (PIDCP, Perú, Ratificado el 28 de abril de 1978) ⁴² (CADH, Perú, Ratificado el 7 de diciembre de 1978) ⁴³ . Además, las disposiciones constitucionales relativas a regular ésta situación excepcional deben, también, interpretarse de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tal como lo dispone la Constitución.

⁴² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

«Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión».

⁴³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos:

«Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado que

«nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional - conforme al artículo 55º de la Constitución - sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa» (STC 047-2002, AI, Fj. 22).

A lo que habría que precisar que la afirmación del Tribunal Constitucional, que acabamos de citar, incluye necesariamente - aunque no lo diga expresamente - que estos tratados son, además, parámetro de constitucionalidad para la proclamación de los regímenes de excepción.

Y en quinto lugar, si el Tribunal Constitucional tiene competencia para controlar el documento jurídico de proclamación o declaración del régimen de excepción, éste debe tener jerarquía y rango de ley, ya que la Constitución establece que el único autorizado para realizar el juicio de constitucionalidad de las leyes - en sentido material o formal - es el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la Observación General Nº 29, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, establece que los «Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás **disposiciones de ley**⁴⁴ que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción» (ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, párr.2). Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos determina que el documento jurídico con el que se proclama o declara el estado de excepción tenga fuerza de ley.

Pues bien, la conclusión no puede ser otra más que entender que las expresiones «decretar» y «decretarse» alude a un documento jurídico con

⁴⁴ El resaltado es nuestro.

jerarquía y rango de ley. O, dicho de otra manera, el decreto de régimen de excepción tiene jerarquía y rango de ley.

Entonces el decreto de régimen de excepción - DRE - o decreto de estado de excepción - DEE -, es aquel documento jurídico con jerarquía y rango de ley, a través del cual el presidente de la República declara y rige el ejercicio de sus competencias en asuntos de estados de excepción. Además, indicar que este cambio en el rango del documento jurídico no dificulta que el presidente de la República pueda ejercer estas competencias de modo rápido y oportuno.

Por último, señalar que por decreto de régimen de excepción se aprobarán todas las medidas complementarias que coadyuven al regreso a la normalidad constitucional y por lo tanto también estarán sujetas al control del Tribunal Constitucional.

6.5. Una precisión sobre las declaraciones de los regímenes de excepción.

De lo expresado hasta el momento se puede deducir que la posición de la presente investigación es que las declaraciones de los regímenes de excepción no son actos políticos o de gobierno como sostiene algún sector de la doctrina constitucional peruana (García, V, 2008, p. 635 y ss.).

Cabe afirmar que con el Estado constitucional de Derecho no desaparecen los actos políticos o de gobierno o *political questions*, pero si hay una reducción de los mismos y una notable exigencia de su control; es decir, que el Estado constitucional de derecho presupone un amplio sistema de control de la actividad de los poderes públicos (Embid, 1989, p. 19 a 66).

Que sea un acto político o de gobierno es una cuestión difícil de saber, ya que «la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas» (Pegoraro, 1998, citado por Landa, 2006, p. 46).

Sobre este tema el Tribunal Constitucional ha señalado, con ocasión del recurso extraordinario presentado por el ex magistrado constitucional Rey Terry,

«Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional» (STC 0340, AA, Fj. 11).

Esta es la primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que aborda el tema de los actos políticos, pero curiosamente no la aplica en la mencionada sentencia, debido a las simpatías de algunos magistrados del Tribunal

Constitucional con el gobierno de turno (Landa, 2006, p.57). Interesa resaltar que el Tribunal Constitucional establece que se puede controlar en sede constitucional los actos políticos cuando no sean razonables, no sean conformes con el Estado Democrático de Derecho y vulneren el debido proceso material.

Esta primera aproximación tiene el inconveniente – y para lo que interesa en el presente trabajo- que no tiene en cuenta la posición preponderante de los Derechos Fundamentales (Embid, 1989, p. 19 a 66) en nuestra Constitución. Estos

«son expresión de una estructura valorativa en la que se funda el pacto constitucional. Este *ethos político* democrático, se basa en los principios de la voluntad popular y el respeto a la libertad, como elementos constitutivos de la comunidad política. En la medida que estos valores fundamentales se transforman en principios constitucionales, adquieren contenidos jurídicos no menos vinculantes; así se convierten el valor libertad en los derechos de libertad y la voluntad popular en una forma de gobierno democrática, los mismos que irán asumiendo atributos normativos, en función del desarrollo legislativo del legislador o de los actos políticos o de Gobierno y del control judicial que de ellos haga la justicia constitucional» (Landa, 2006, p.66).

Esa posición preponderante de los Derechos fundamentales obliga a todos los poderes públicos a respetarlos, en todo momento, durante el ejercicio de sus competencias y cuando realicen actos políticos o de gobierno que incidan sobre la vigencia de los derechos fundamentales. Dicho de otra forma, «los derechos fundamentales, no toleran sacrificios arbitrarios e injustificados» (Grandez, 2010, p.335) y los actos políticos o de gobierno que incidan de modo arbitrario e injustificado sobre los derechos fundamentales pueden controlarse en sede jurisdiccional.

A su vez, al tener los derechos fundamentales relación directa con las declaraciones de los regímenes de excepción, ya que por lo común se busca

restaurar la normalidad constitucional suspendiendo o restringiendo el ejercicio de algunos derechos fundamentales y debido a su posición preponderante, la declaración del estado de excepción no es un acto político o de gobierno sino un acto eminentemente jurídico. Por ello, todas las declaraciones del régimen de excepción son revisables en sede jurisdiccional más aún si contienen restricciones arbitrarias a los derechos fundamentales.

Por otra parte, y como ya hemos mencionado, la Constitución es un documento jurídico, aunque no todos sus enunciados jurídicos tienen igual peso y sentido normativo (García, E, 2001, p. 68). En este sentido, los enunciados jurídicos que contienen normas de competencia, establecidas en la parte orgánica de la Constitución, son también normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. Por ello, la declaración de los estados de excepción siempre es controlable en sede jurisdiccional, más aún cuando se hace sin ceñirse a lo establecido por la Constitución.

También, indicar que tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada es posible encontrar un conjunto de criterios - materia del siguiente capítulo - que permiten determinar cuándo una declaración del régimen de excepción ha sido emitida respetando o no la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Pues bien, la existencia de estas pautas, expresan la consideración de que la declaratoria de los estados de excepción no son actos políticos o de gobierno.

De lo dicho tenemos que la declaración de estado de excepción no es un acto político o de gobierno y puede ser controlado en sede jurisdiccional, más aún cuando vulneren o impongan privaciones arbitrarias o infundados a los derechos fundamentales o se emitan contraviniendo las disposiciones normativas constitucionales o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Resumiendo lo expuesto hasta el momento, tenemos que, existen, en primer lugar, razones históricas; en segundo lugar, el derecho comparado nos

muestra que el control jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción es cada vez más aceptado por los países de la región; en tercer lugar, las obligaciones internacionales sobre Derechos Humanos asumidas por el Estado peruano y la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sugieren como posible el control jurisdiccional de las declaraciones de los regímenes de excepción.

En cuarto lugar, al ser nuestra organización política un Estado Constitucional de Derecho, se reconoce la supremacía de la Constitución, el carácter jurídico de la misma - que incluye el régimen de excepción - y el control del poder como algo inherente a la Constitución, se hace necesario establecer mecanismos del control jurisdiccional para garantizar la plena vigencia de la propia Constitución.

En quinto lugar, con los principios de interpretación constitucional y el apoyo de la teoría del derecho, hemos podido determinar que la disposición constitucional contenida en la parte final del último párrafo del artículo 200° contiene una norma implícita que a su vez es una norma de competencia que señala que los magistrados del Tribunal Constitucional son competentes para controlar los decretos de régimen de excepción.

En sexto lugar, se ha podido determinar que la expresión «decretar» y «decretarse» alude a un documento jurídico con jerarquía y rango de ley. Es decir, cuando la Constitución menciona que el «Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar [...] los estados de excepción» (Const., 1993, art. 137), la expresión decretar no alude a un decreto supremo sino a un documento jurídico con jerarquía y rango de ley; vale decir, que el decreto de declaratoria del régimen de excepción debe ser similar a los decretos de urgencia, que tienen jerarquía y rango de ley.

CAPÍTULO VII

CRITERIOS PARA REALIZAR EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS DECRETOS DE RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Iniciamos éste capítulo señalando que la primera parte de la disposición normativa del inciso 1 del artículo 137⁴⁵ de la Constitución Política del Perú de 1993 no tiene una redacción afortunada. De la redacción del mismo pareciera decir que existen varios tipos de estado de emergencia, *en caso de* perturbación de la paz o perturbación del orden interno, de catástrofe que afecten la vida de la Nación o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Por otra parte, pareciera que las expresiones «*perturbación de la paz*» Constitución, 1993, art. 137) o la «*perturbación del orden interno*» (1993, art. 137) aluden a las consecuencias de situaciones de catástrofes o graves

⁴⁵ **Constitución Política del Perú de 1993**

«**Artículo 137.-** El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.
El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.
2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el 32 estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso».

circunstancias que afectan la vida de la Nación. Por ello, ante ésta redacción inadecuada, pareciera que el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria del estado de emergencia se encuentra en la expresión *catástrofe o grave circunstancias que afecten la vida de la Nación* y para el presente capítulo utilizaremos la expresión *grave circunstancias que afecten la vida de la Nación* que incluye a la expresión catástrofe. Además, es así como lo entiende el Tribunal Constitucional cuando señala como característica del régimen de excepción la «Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad [...]» (STC 0017-2003, AI, Fj. 18, b).

Por otra parte, la finalidad de este capítulo no es sólo proponer unos criterios para el ejercicio del control jurídico de las declaraciones de los estados de excepción sino, también, para que los actos de gobierno del ejecutivo discurren dentro de los márgenes establecidos por la Constitución en lo que respecta al régimen de excepción.

Como es sabido por todos, la Constitución otorga al presidente de la República un margen de apreciación y discrecionalidad para declarar los estados de excepción. Esto debido a que se encuentra en constante relación con las pretensiones y carencias de la sociedad (SCC 004/92, Fj. 17), lo que lo sitúa en una posición aventajada para determinar la aparición de las «graves circunstancias que afecten la vida de la Nación» (Constitución, 1993, art. 137). Evidentemente esta posición aventajada tiene su origen en la competencia, que la Constitución otorga al presidente de la República, de velar por el orden interno (Const., 1993, Art. 118,4).

Sin embargo, al ser el régimen de excepción una institución jurídico-constitucional, la discrecionalidad del presidente de la República no es absoluta. Ésta se circunscribe a la determinación de la existencia de graves circunstancias, a estimar su gravedad y su alcance así como para resolver si declara o no el estado de excepción (SCC 802/02, p. 103).

Y justamente por no ser absoluta la discrecionalidad del presidente de la República tiene el deber imperioso de argumentar de modo adecuado los decretos con los que declara el régimen de excepción y acreditar que efectivamente nos encontramos ante graves circunstancias que afectan la vida de la Nación (SCC 004/92, Fj. 24; Const., 1993, art. 137).

En este contexto, le corresponde al Tribunal Constitucional examinar que la discrecionalidad del presidente de la República sea la indicada para hacer frente a la situación de excepción y asegurar el pronto regreso a la normalidad constitucional (SCC 004/92, Fj. 25).

7.1. Control jurídico de los requisitos formales.

Para realizar el Control de validez el Tribunal Constitucional deberá examinar los requisitos formales y materiales para la expedición del decreto de estado de excepción. En el caso del control de los requisitos formales hay que señalar que son los mismos tanto para el Estado de Emergencia como para el Estado de sitio.

7.1.1. Acuerdo, rúbrica y refrendo.

Conforme a este criterio el decreto de declaración del régimen de excepción requiere previo Acuerdo del Consejo de Ministros (Const., 1993, art. 137). Además, tiene que contener la rúbrica del presidente de la República, el refrendo del presidente del Consejo de Ministros y de los Ministros de Defensa, Interior y de Justicia - en este punto, seguimos lo establecido en los

actuales decretos supremos que declaran el estado de excepción⁴⁶- (Const., 1993, arts. 120 y art. 123,3).

7.1.2. Proclamación de la declaratoria del régimen de excepción.

Este criterio de origen convencional señala que todas las declaraciones de los estados de excepción se consideran oficialmente realizadas a partir de su publicación, en nuestro caso en el Diario Oficial El Peruano (Const., 1993, art. 109).

La razón de la proclamación es permitir que la población afectada tenga exacto conocimiento de los alcances – material, territorial y temporal – de la declaratoria del estado de excepción y su impacto en el ejercicio de sus derechos. Además, dicha proclamación del estado de excepción es una exigencia formal y una condición indispensable para su validez.

Por otra parte, nos permite saber cuáles han sido las razones de la autoridad para tomar la decisión; es decir, que la declaratoria tiene que estar debidamente motivada⁴⁷. También, nos permite asegurarnos que en el

⁴⁶ Véase, por ejemplo, los decretos supremos que declara el estado de excepción: Decreto Supremo N° 040-2005-PCM, Declaran el Estado de Emergencia en los distritos de Matarani, Mollendo, Mejía, Punta de Bombón, Dean Valdivia, La Curva, El Arenal, Cocrachaca y Valle de Tambo de la provincia de Islay del departamento de Arequipa, así como el Decreto supremo N° 083-2015-PCM, Declaran el Estado de Emergencia en la Provincia Constitucional del Callao, y el Decreto Supremo N° 004-2016-PCM, Prórroga de Estado de Emergencia declarado en la Provincia Constitucional del Callao.

⁴⁷ Véase, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-004/92, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015); Sentencia C-031/93, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-03-93.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015); Sentencia C-027/96, p. 44, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-027-96.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015); Sentencia C-802/02, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015); Sentencia C-063/03, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-063-03.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015); Sentencia C-070/09, p. 54, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-070-09.htm> (Visitada por última vez el 15 abril de 2015).

ejercicio de esta competencia presidencial no se invoque para justificar un quebrantamiento de las disposiciones constitucionales internas concernientes a los estados de excepción.

En el caso del Decreto Supremo N° 040-2005-PCM, los residentes de los distritos de Matarani, Mollendo, Mejía, Punta de Bombón, Dean Valdivia, La Curva, El Arenal, Cocrachacra y Valle de Tambo de la provincia de Islay de la Región de Arequipa tendrán conocimiento exacto de los distritos bajo estado de excepción. Igualmente, el periodo de vigencia, a partir de qué fecha y hasta cuándo, desde el 23 de mayo hasta el 23 de julio. Y que derechos se suspenden: libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito, de acuerdo con los incisos 9), 11), 12) y 24) apartado f) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Respecto de las razones contenidas en el decreto supremo mencionado en el párrafo anterior, encontramos las siguientes: el primero consistente en el deber del Estado de garantizar «la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general» (DS 040-2015, PCM, primer considerando). El segundo, garantizar «el derecho de los ciudadanos al orden, a la tranquilidad pública, al adecuado funcionamiento de los servicios básicos y al normal abastecimiento de víveres y medicinas» (DS 040-2015, PCM, segundo considerando). El tercero, para garantizar «la estabilidad y gobernabilidad de la provincia de Islay y neutralizar los actos de perturbación de la paz es necesario que las Fuerzas Armadas garanticen el funcionamiento de los servicios públicos esenciales [...]» (DS 040-2015, PCM, tercer considerando). En cuarto lugar, porque el Informe N° 130-2015-DIRNOP-PNP/REGARE/SEC del 22 de mayo de 2015, de la Policía Nacional solicita la declaración del estado de excepción en la zona. Y, en quinto lugar, se afirma que se han «producido actos contrarios al orden interno que afecta el normal desenvolvimiento de las actividades de la población [...]» (DS 040-2015, PCM, quinto considerando).

Y en cuanto a los Decretos Supremos Nos 083-2015-PCM y 004-2016-PCM, podemos observar el ámbito de aplicación de esta medida, la provincia

Constitucional del Callao; la fecha de inicio y término del Estado de Emergencia; los derechos suspendidos, libertad y seguridad personales y la inviolabilidad del domicilio comprendidos en el inciso 9 y el apartado f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993.

El presidente de la República fundamenta su decisión con los siguientes argumentos: el primero consistente en el deber del Estado de garantizar «la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general» (DS 083-2015, PCM, primer considerando). El segundo, que es competencia del presidente de la República decretar los estados de emergencia (DS 083-2015, PCM, segundo considerando). El tercero, que de acuerdo con la apreciación de la Policía Nacional se debe declarar el estado de emergencia en la provincia constitucional del Callao con la finalidad «de fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada» (DS 083-2015, PCM, tercer considerando). Y, por último, que se han «producido actos contrarios al orden interno que afectan el normal desenvolvimiento de las actividades de la población de la provincia Constitucional del Callao, resulta necesario adoptar las medidas constitucionalmente previstas para restablecer el orden interno» (DS 083-2015, PCM, cuarto considerando).

7.1.3. Notificación de la declaración del régimen de excepción.

Al igual que el anterior criterio, este es una exigencia convencional, en virtud del cual se notifica a la comunidad internacional la declaración del estado de excepción. La notificación se caracteriza por hacerse de modo inmediato y su contenido debe indicar que disposiciones constitucionales se suspenden y las razones que justifican la suspensión. También, es obligatorio notificar a la comunidad internacional el levantamiento del estado de excepción.

El objetivo sustancial de esta exigencia consiste en hacer efectiva la obligación de todo Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de comunicar a los otros Estados la dificultad de cumplir temporalmente con algunas de las obligaciones asumidas. De no cumplirse con esta formalidad,

«el derecho de derogación no podrá ser invocado, frente al orden internacional, si el Estado parte que lo ejerce no ha cumplido con la obligación de comunicar a los otros Estados partes las disposiciones que han sido derogadas, al igual que la amplitud y la necesidad de éstas» (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997, párr. 62).

Cuando el Tribunal Constitucional realice el control de la declaración del régimen de excepción deberá solicitar copia autenticada de la notificación de la misma a la Organización de Estados Americanos - OEA - y la Organización de Naciones Unidas – ONU-.

Finalmente, como ya se ha indicado, el Estado que declara el régimen de excepción está obligado a comunicar el fin o levantamiento de dicho régimen de excepción.

7.1.4. Comunicación al Congreso.

El presidente de la República o el presidente del Consejo de Ministros deben dar cuenta al Congreso de la República o a la Comisión Permanente, de la declaración de los estados de excepción (Const., 1993, art. 137)⁴⁸.

⁴⁸ Sobre este punto y a efectos de poder realizar el control político, el Congreso de la República deberá modificar el Reglamento del Congreso para incluir el control político de las declaraciones de los regímenes de excepción. De no hacerlo, el Tribunal Constitucional en la primera ocasión que tenga exhortará al Congreso para que modifique su Reglamento.

7.2. Control jurídico de los requisitos materiales.

Al igual que los requisitos formales, los materiales son exigencias tanto constitucionales como de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

7.2.1. Graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Este supuesto de hecho, está contenido en el inciso 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú. Pero ¿Qué se entiende por graves circunstancias o grave circunstancias de anormalidad? En primer lugar, señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido un catálogo de fenómenos – circunstancias o circunstancias de anormalidad - sociopolíticos y naturales, tales como la «guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.» (STC 0017-2003. AI, Fj. 18, b) que pueden entenderse como graves circunstancias y conducir a una declaración del régimen de excepción.

También, el Tribunal Constitucional ha determinado que estas graves circunstancias excepcionales, pueden ser actuales o de peligro inminente. Aunque el Tribunal Constitucional no lo menciona, estas circunstancias de anormalidad que afectan la vida de la nación deben ser imprevisibles, en el sentido de que no se puede establecer cuándo sucederán (Goig, 2009, p. 275).

Por otra parte, cabe señalar que estas graves circunstancias aluden a hechos concretos, perceptibles y verificables «que objetivamente generan una alteración de las condiciones de seguridad y tranquilidad requeridas para el

ejercicio de los derechos» (SCC 802/02, p. 103) fundamentales. Es por ello que, sobre estas cabe un juicio objetivo de existencia (p. 103), debiendo el Tribunal Constitucional verificar si efectivamente se está o no ante estas graves circunstancias.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado como condiciones de legitimidad de una declaratoria del régimen de excepción, y que es un criterio a tener en cuenta, que

«su otorgamiento se produzca cuando se acredite que el orden institucional y la seguridad del Estado se encuentran en severo peligro. En ese contexto, deben haberse presentado condiciones políticas, sociales y económicas o de fuerza mayor provenientes de la naturaleza, que no pueden ser controladas a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado» (STC 01805-2007, PHD, Fj. 3, a).

Es decir, que se produzcan graves circunstancias que pongan en peligro la vida de la nación.

Asimismo, indicar que este criterio es tratado en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y es denominado principio de amenaza excepcional, por lo que nos remitimos al capítulo IV para este tema.

Por último y respecto de los ejemplos utilizados, el Tribunal Constitucional habría tenido que verificar si se habían producido o no las graves circunstancias que afectan la convivencia política en Islay y en la Provincia Constitucional del Callao. Es decir, hubiera tenido que verificar si se han producido «actos contrarios al orden interno que afecta el normal desenvolvimiento de las actividades» (DS N° 040-2015, PCM, quinto párrafo de los considerandos) en la provincia de Islay y la Provincia Constitucional del Callao.

7.2.2. Valoración de la intensidad de las circunstancias.

Dicho criterio se deduce del artículo 137 en concordancia con el inciso 4 del artículo 118⁴⁹ de la Constitución Política del Perú de 1993, correspondiendo al presidente de la República la valoración de la intensidad de las circunstancias, que de acuerdo al supuesto de hecho deben ser graves.

El presidente de la República valorará si las circunstancias tienen el carácter de grave e inminente; es decir, que además de existir las graves circunstancias, éstas deben poner o tener la potencialidad de poner en peligro o perturbar la convivencia pacífica entre los ciudadanos o afectar el orden interno. Dicho de otro modo, El presidente de la República, debe valorar la inminencia o «riesgo efectivo que puede materializarse en cualquier momento, de un peligro potenciado por su inmediatez temporal» (SCC 802/02, p. 103).

Ahora bien, hecha la valoración de la intensidad de las circunstancias, el Tribunal Constitucional deberá realizar un juicio objetivo de ponderación con la finalidad de determinar si la valoración del presidente de la República sobre las graves circunstancias y su inminencia «es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación» (p. 103).

Sobre este punto, la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que

«Ello es así porque, si bien la Carta le otorga al Presidente la facultad de valorar el presupuesto fáctico, su ejercicio no puede ser fruto de su más absoluta discrecionalidad sino que debe ceñirse a la naturaleza del instituto excepcional de cuya declaración se trata y a la razón de ser que le asiste en la estructura y funcionalidad del Estado constitucional» (p. 104).

⁴⁹ Constitución Política del Perú de 1993:

«Artículo 118°. Atribuciones y obligaciones del Presidente.

Corresponde al Presidente de la Republica:

(...)

4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República. (...)»

Por otra parte, hay que indicar que si el Tribunal Constitucional concluye o constata que la valoración – acompañada de argumentos adecuados - hecha por el presidente de la República no es arbitraria ni ha incurrido en un error manifiesto de apreciación, se cierra esta etapa del control jurídico (p. 104).

También, recordar que el Tribunal tiene prohibido «someter el presupuesto valorativo de la declaración de los estados de excepción a un escrutinio que rebase la determinación de una apreciación arbitraria o un error manifiesto pues lo que a partir de allí se realice ya no puede ser objeto de reparos jurídicos, que son los que le incumben al juez constitucional, sino de juicios de oportunidad o conveniencia, juicios, que como se sabe, son completamente ajenos a la órbita de la justicia constitucional como instancia de control jurídico de los límites impuestos al ejercicio del poder» (p. 104) (SCC 070/09, p. 76).

En el caso de la declaración del estado de emergencia de la provincia de Islay, dicha valoración debe reflejarse en los argumentos expresados en el considerando del decreto. En dicho documento no se expresan cuáles son las circunstancias que perturban la paz y el orden interno y que no es posible resolverla por los medios legales ordinarios, por lo que, prima facie, sería arbitraria la declaratoria del estado de emergencia en la provincia de Islay.

Y para el caso de la declaración del estado de emergencia en la Provincia Constitucional del Callao, el presidente de la República debió valorar, si la «situación de crónica perturbación del orden público» (SCC 027/96, p. 49) supone un incremento tal de la inseguridad ciudadana al punto de afectar el desarrollo normal de las instituciones estatales y de la vida de las personas que residen en la Provincia Constitucional del Callao. Por ello, también, sería arbitraria la declaración del estado de emergencia en la Provincia Constitucional del Callao.

7.2.3. Juicio sobre la suficiencia de las medidas legales ordinarias⁵⁰.

Este requisito se deriva de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las «características del régimen de excepción» (STC 0017-2003. AI, Fj. 18). Es decir, las graves circunstancias que perturban la paz (pacífica convivencia entre los ciudadanos) o el orden interno por sí solas no conducen a la declaración de los estados de excepción; tiene además que concurrir la «Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios» (STC 0017-2003. AI, Fj. 18, c).

Este criterio se explica debido al hecho de que la convivencia política está sometida a constantes tensiones y conflictos que son propios de toda sociedad democrática y pluralista como la nuestra, por lo que está vedado recurrir al régimen de excepción cuando con las medidas legales ordinarias se pueden solucionar estas tensiones y conflictos.

Sólo si concurren el presupuesto fáctico - graves circunstancias que afecten la vida de la nación y el carácter inminente - el presupuesto valorativo - sobre la intensidad de las circunstancias - y la insuficiencia de las medidas legales ordinarias es justificado acudir a la declaratoria del régimen de excepción (SCC 802/032, p. 205 y ss.).

Para ello, el presidente de la República está facultado para valorar la posibilidad o imposibilidad de resolver la grave circunstancia mediante el uso de los procedimientos legales ordinarios. Y tal como indica la Corte Constitucional de Colombia, «esa facultad no es absoluta ni arbitraria ya que debe sujetarse al marco normativo de los estados de excepción, conformado por la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos [...]» (SCC 070/09, p. y77).

⁵⁰ El título del presente criterio se toma de la Sentencia C-802/02, p. 104.

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que

«la declaratoria del estado de conmoción interior es la medida extrema en la agenda jurídica y política del Estado. Se trata de un último recurso para defender al pueblo colombiano y a la organización institucional que él se ha dado, de la agresión implícita en la grave alteración del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. En virtud de este principio, sólo se puede acudir al estado de conmoción interior cuando las herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza con disolver el acuerdo que posibilita la convivencia» (SCC 802/02, p. 105).

Por otra parte, para verificar si se han respetado estos límites, el Tribunal Constitucional debe realizar un juicio objetivo de ponderación sobre la suficiencia o insuficiencia de las medidas legales ordinarias argumentadas por el presidente de la República a fin de determinar si dicha valoración «fue o no arbitraria y si en ella se incurrió o no en un error manifiesto de apreciación» (p. 106).

También, hay que indicar que, el análisis de la suficiencia o insuficiencia de las medidas legales ordinarias, que realice el presidente de la República, tiene que contener una argumentación general, no pormenorizado, pero que permita al Tribunal Constitucional deducir que la situación de anormalidad constitucional no se supera mediante el uso de los procedimientos legales ordinarios (p. 106).

Y en cuanto a la mención de los hechos coincidimos con el Tribunal Constitucional en que no es «necesario que [...] se precisen detalladamente los actos que condujeron a su establecimiento [...] motivaron la declaratoria del Estado de emergencia» (STC 01805-2007, PHD, Fj. 6).

Finalmente, y teniendo en cuenta el Decreto Supremo N° 040-2015-PCM, el Decreto supremo N° 083-2015-PCM y el Decreto Supremo N° 004-2016-PCM, se constata que no contienen argumento alguno sobre la suficiencia o insuficiencia de las medidas legales ordinarias. Cabe precisar, que en los últimos diez años no hemos podido encontrar alguna declaratoria de estado de excepción que contenga argumentos adecuados sobre suficiencia o insuficiencia de las medidas legales ordinarias.

Por otra parte, hay que advertir que en diferentes declaratorias de los estados de excepción⁵¹ el presidente de la Republica utiliza una argumentación similar, con algunos matices - una especie de plantilla - para declarar el estado de emergencia. Situación preocupante, en primer lugar, porque en más de veinte años de vigencia de la Constitución no se termina de comprender la importancia de esta como instrumento jurídico de limitación del ejercicio del poder⁵² orientado a garantizar la libertad, igualdad y solidaridad de todas las personas, así como del significado de respetar la Constitución⁵³, más aún en el caso de los regímenes de excepción. En segundo lugar, pareciera que para el Ejecutivo las situaciones de anormalidad constitucional son todas más o menos iguales. En tercer lugar, da la impresión de que lo que se busca es controlar y acabar con las situaciones de conflictividad que se dan en el desarrollo de la convivencia política democrática a través de flexibilizar y hacer de uso común el estado de excepción; esto no es más que banalizar el control del poder, contrariamente a lo exige la Constitución. En cuarto lugar, esta situación evidencia un profundo autoritarismo en la sociedad peruana y en particular de la clase política y como en toda sociedad con una fuerte cultura autoritaria, el respeto del Estado Constitucional de Derecho se flexibiliza hasta

⁵¹ Véase, entre otros, los siguientes: Decreto Supremo N° 052 -2002-PCM; Decreto Supremo N° 055-2009-PCM; Decreto Supremo N° 060-2009-PCM; Decreto Supremo N° 070-2009-PCM; Decreto Supremo N° 011-2010-PCM; Decreto Supremo N° 042-2010-PCM; Decreto Supremo N° 055-2010-PCM; Decreto Supremo N° 057-2010-PCM.

⁵² **Constitución Política del Perú de 1993**

«**Artículo 45°. Poder del Estado emana del Pueblo**

El poder del Estado emana del Pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.»

⁵³ «**Artículo 118. Atribuciones y obligaciones del Presidente**

Corresponde al Presidente de la Republica:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.»

casi vaciarla de contenido material, parece que lo único que importa es la forma, como en el caso del Decreto Supremo N° 040-2015-PCM, el Decreto supremo N° 083-2015-PCM y el Decreto Supremo N° 004-2016-PCM. Por último y no menos importante, parece que hemos olvidado las consecuencias terribles para el país que ha tenido la banalización y el uso incontrolado de los regímenes de excepción.

Por otra parte, podemos apreciar en estos decretos supremos que el presidente de la Republica utiliza como argumentación recurrente los informes de la Policía Nacional. No es casualidad que se sobre dimensione la importancia de un informe de una institución que sólo obedece y cumple órdenes; por ello, nos parece insuficiente, y restrictiva y sin los matices necesarios que la convivencia democrática exige.

Sin embargo, como ya lo dijimos, en la convivencia política democrática se presentan continuamente tensiones y conflictos, por lo que el orden interno debe apreciarse en su dimensión dinámica y para ello el presidente de la República, también podría, por ejemplo, solicitar informes a la Defensoría del Pueblo o a la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Por ello, podemos concluir que la apreciación - sin mayor argumentación- de que se ha presentado una grave circunstancia de carácter inminente que perturba la paz o el orden interno y que es imposible «de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios» (Fj. 18, c) es arbitraria; por lo que el presidente habría incurrido en un error manifiesto de apreciación. En consecuencia, el Decreto Supremo N° 040-2015-PCM, el Decreto supremo N° 083-2015-PCM y el Decreto Supremo N° 004-2016-PCM deberían, de ser el caso, declararse inconstitucional, justamente por arbitraria; es decir, «como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo» (STC 0090-2004, AA, Fj. 12, b).

7.2.4. Derechos intangibles.

Según la Constitución política del Perú de 1993, la intangibilidad de ciertos derechos está en función del tipo de régimen de excepción. Así tenemos que en los casos de declaración del estado de emergencia el presidente de la República podrá restringir o suspender «el ejercicio de los siguientes derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio» (Const., 1993, art. 137.1). Y respecto de la declaración del estado de sitio el presidente de la República tiene un amplio margen para determinar qué derechos fundamentales no se restringirá su ejercicio.

Pero este criterio debe interpretarse con las disposiciones normativas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por ello el listado de los derechos intangibles se amplía. Sobre este tema nos remitimos a lo expresado en el capítulo IV de la presente investigación.

Por último, recordar que, en general, «los derechos fundamentales, no toleran sacrificios arbitrarios e injustificados» (Grandez, 2010, p. 335), más aún en situaciones de excepcionalidad constitucional.

7.2.5. Principio de proporcionalidad.

Por regla general siempre que los poderes públicos pretendan restringir el ejercicio de una o varias o todas las expectativas que contiene un derecho fundamental, se aplica el principio de proporcionalidad con la finalidad de

asegurar que tales restricciones son razonables, «esto es, que tengan una finalidad constitucional que la justifique» (2010, p. 335).

Por otra parte, indicar que este criterio no sólo es una exigencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos sino también de la Constitución, ya que el Tribunal Constitucional ha dicho que éste principio se encuentra regulado en el artículo 200 del texto jurídico mencionado.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que

«El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no» (STC 0010-2002, AA, Fj. 195).

Además, precisar que este principio se aplica tanto al decreto que declara el estado de excepción como de las medidas adoptadas - que pueden estar desarrolladas en otro decreto de régimen de excepción - respecto de la gravedad de las circunstancias. Es decir, el Tribunal ponderará si estas medidas se circunscriben rigurosamente a resolver idóneamente la amenaza que se cierne sobre la convivencia política entre los ciudadanos y ciudadanas.

Finalmente, si aplicamos el principio de proporcionalidad al Decreto Supremo N° 040-2015-PCM, al Decreto supremo N° 083-2015-PCM y al Decreto Supremo N° 004-2016-PCM, arribaremos a la conclusión de que su promulgación ha vulnerado este principio.

7.2.6. No vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

La razón de este criterio es que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de norma imperativa.

La igualdad, en principio, alude al reconocimiento de que todas las personas naturales gozan de la titularidad y ejercicio de los mismos derechos fundamentales (Ferrajoli, 2011, p. 742 y 743). Y la discriminación es una desigualdad antijurídica que se produce por violación del principio de igualdad (2011, p.747); «es decir, en el desigual tratamiento de las diferencias que éste tutela por igual o en la frustrada satisfacción de los derechos [...] conferidos a todos también por igual» (p. 747).

Respecto a la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado

«que la igualdad [...] cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras («motivo» «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición

de *intervención* en el mandato de igualdad» (STC 0045-2004, PI, Fj. 20).

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación

«pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico⁵⁴. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición» (CIDH, Opinión Consultiva 18/03, 2003, párr. 101).

Sobre este punto recordar las declaraciones del ex presidente de la República Alan García Pérez (Diario La República, Política, 3 de julio de 2011) (Diario Perú 21, 23 de julio de 2011) el mismo día en que se produjeron los hechos de Bagua, popularmente conocido como el Baguazo, y en que se amplió el estado de emergencia en dicha región⁵⁵. El expresidente había declarado que los indígenas «no son ciudadanos de primera clase...» (Diario La República, Política, 3 de julio de 2011; Diario Perú 21, 23 de julio de 2011). Hubiera sido interesante que el Tribunal Constitucional determine si hubo una relación directa, por una parte, entre la prórroga del estado de emergencia y las declaraciones del ex presidente de la República y, de otra, la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación, al ser este uno de los «principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política» (STC 0017-2003, AI, Fj. 15). Además, indicar que, al no cumplirse las

⁵⁴ El subrayado es nuestro.

⁵⁵ Se declaró el estado de emergencia el 9 de mayo de 2009 con el Decreto Supremo N° 027-2009-PCM y se prorrogó el 5 de junio del mismo año mediante el Decreto supremo N° 035-2009-PCM.

exigencias anteriores, los decretos supremos analizados vulnerarían este principio.

7.2.7. Principio de temporalidad.

Conforme a este criterio la declaratoria de los estados de excepción son temporales. El respectivo enunciado normativo establece que el estado de emergencia se declara por sesenta días y en cuanto al estado de sitio se declaran por cuarenta y cinco días (Const. 1993, art. 137). Aquí la tarea del Tribunal Constitucional es constatar que efectivamente se cumpla con lo dispuesto por la Constitución.

Además, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este criterio al expresar que

la aplicación de las medidas extraordinarias tenga carácter temporal, es decir, que no se extienda más allá del tiempo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional y, por tanto, de la vigencia rediviva de la normalidad ordinaria del Estado. (STC 01805-2007, PHD, Fj. 3, b).

Por otra parte nos interesa referirnos al tema de las prórrogas de los estados de excepción. Hay que señalar que los decretos de prórroga al igual que los decretos de declaratoria de los estados de excepción son documentos jurídicos controlables en la jurisdicción constitucional.

En los decretos de prórroga el Tribunal Constitucional tendrá que verificar si existe un «vínculo de conexidad material» (SCC 063/ 03, p. 67) entre el decreto que declara el estado de excepción y el decreto de prórroga del mismo. Es decir, el Tribunal Constitucional verificará si

«las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción no han sido plenamente conjuradas; que por ello es preciso darle continuidad a las medidas que se vienen ejecutando, y si es preciso, continuar adoptando otras para impedir la extensión de los efectos del conjunto de causas que siguen perturbando, de manera grave, la [...] convivencia ciudadana» (p. 67).

Las causas a las que se refiere la Corte Constitucional de Colombia, deben tener estricta conexión con las que suscitaron la declaratoria del estado de excepción (p. 67). Aquí también hay que ponderar si las medidas tomadas – o no - por el Estado para enfrentar las graves circunstancias han sido idóneas.

También, el Tribunal Constitucional debe verificar que el decreto de prórroga sea, al igual que el decreto de declaratoria, un documento jurídico con jerarquía y rango de ley (p. 68).

7.2.8. Respeto de la compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho internacional.

Sobre este punto nos remitimos a lo dicho en el capítulo IV sobre el tema.

VIII

CONCLUSIONES

8.1. Conclusión general.

Primera conclusión general.

Ha quedado establecido que la última parte del párrafo final del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993, regula la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de manera automática los decretos de régimen de excepción, así como los decretos de régimen de excepción que desarrollen las medidas que se implementen para retornar, lo más pronto posible, a la situación de normalidad constitucional. Esta competencia del Tribunal Constitucional encaja con la consideración de la Constitución como un documento jurídico de control del ejercicio del poder.

Además, señalar que esta conclusión debe entenderse en un contexto más amplio del control del «poder presidencial ilimitado» (Quiroz, 2016, p.38) y de atenuación del presidencialismo, que históricamente se ha caracterizado por que los presidentes de la República han ejercido su poder de manera abusiva (2016, p.38); es decir, lo que se pretende es contribuir a transformar esta

forma de ejercer el poder que ha sido llamada absolutismo presidencial (Torres, 2007, p. 151).

Igualmente ha quedado probado, por el mérito de los fundamentos expuestos, que es procedente y necesaria la revisión jurisdiccional de los decretos de régimen de excepción por ser su regulación materia constitucional y no actos políticos o de gobierno. Además, se refuta la tesis del Tribunal Constitucional de que no es posible la revisión jurisdiccional de los decretos de régimen de excepción. El Tribunal reconoce que es posible tanto el control social como político de los mencionados decretos pero concluye, sin argumentar y contradiciendo su doctrina sobre el Estado Constitucional de Derecho, que el control jurisdiccional de los decretos de régimen de excepción no es permitido por la Constitución; el Tribunal Constitucional se limita a transcribir casi textualmente la disposición normativa constitucional pero sin interpretarla ni extrayendo las normas jurídico constitucionales que contiene dicha disposición normativa.

El argumento del Tribunal Constitucional que mencionamos es el siguiente:

«Continuando con dicho razonamiento, debemos concluir que, ciertamente, y aunque la disposición mencione que el Poder Ejecutivo deberá rendir cuentas solamente al Congreso de la República y que *el juez no podrá cuestionar la vigencia del régimen de excepción*⁵⁶ [...]» (STC 01805-2007, PHD, Fj. 4).

Por otra parte, la ruta seguida para llegar a esta conclusión recorre dos líneas principales de argumentación. La primera, tiene que ver con hacer explícito el contenido del Principio del Estado constitucional de Derecho, tales como la rigidez constitucional, la Constitución como norma jurídica, la interpretación conforme a la Constitución y el control jurídico del poder a través del Tribunal Constitucional. En la segunda, recurrimos a la teoría general del derecho, en particular a la noción de norma de competencia, al razonamiento a contrario del tipo creador de normas y a la noción de normas implícitas.

⁵⁶ Las cursivas son nuestras.

Finalmente, indicar que la conclusión general confirma la hipótesis general planteada en la justificación de la presente investigación.

Segunda conclusión general

El control del ejercicio del poder es una característica inherente de la idea de Constitución, que se arraiga con la aparición del Estado Constitucional de Derecho.

Tercera conclusión general

Ha quedado probado que la declaración del régimen de excepción se deberá formular en un documento jurídico de jerarquía y rango de ley, es decir, que el decreto de régimen de excepción tiene jerarquía y rango de ley. Esto implica la introducción en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano de una nueva fuente similar a los decretos de urgencia. Dicho de otra manera, la declaración del régimen de excepción no puede hacerse por decreto supremo tal como se viene haciendo hasta el momento.

Igualmente, todas las medidas que se implementen para restaurar la situación de normalidad constitucional se hará por Decreto de Régimen de Excepción, los cuales podrán ser controlados por el Tribunal Constitucional.

8.2. Conclusiones específicas.

Primera conclusión específica

Ha quedado acreditado que es posible mediante la jurisprudencia constitucional integrar, desarrollar y armonizar las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos sobre el derecho de excepción con las disposiciones normativas de ésta institución establecidas en la Constitución Política del Perú de 1993. Para ello, no es necesario recurrir al procedimiento de reforma constitucional, tal como lo propone la Defensoría del Pueblo.

Segunda conclusión específica

Ha quedado acreditado que, en más de veinte años de vigencia de la Constitución, la Presidencia de la República no ha comprendido cuál es el contenido, los límites y la función constitucional de los regímenes de excepción.

Tercera conclusión específica

Ha quedado acreditada la necesaria inclusión en el Reglamento del Congreso de la República de una disposición normativa que regule el control político de las declaraciones de los regímenes de excepción.

Cuarta conclusión específica

Ha quedado probado que concurren razones históricas – en los inicios de nuestra historia Republicana hemos tenido Constitución sin igualdad y sin constitucionalismo -, sobre todo por nuestra historia reciente de fines del siglo XX - vulneración del equilibrio de poderes, del principio democrático y de los derechos fundamentales de las personas a través de las declaraciones de los estados de emergencia - que nos permiten afirmar que el Tribunal Constitucional debe controlar las declaraciones del régimen de excepción y los decretos del régimen de excepción que desarrollan el mencionado decreto.

Quinta conclusión específica

Ha quedado acreditado que el Estado peruano está obligado a tener en cuenta el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos respecto de los regímenes de excepción, entre los que se encuentra el control jurídico de las declaraciones y de los decretos de régimen de excepción que contengan las medidas que se adopten para restaurar la normalidad constitucional, ya que, los instrumentos de Derechos Humanos forman parte del derecho nacional (Const., 1993, art. 55).

Sexta conclusión específica

Ha quedado probado que en el derecho constitucional comparado - sobre todo en los países de Latinoamérica - se presenta una tendencia creciente y favorable para el control jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción.

Séptima conclusión específica

Ha quedado establecido que el principio del Estado Constitucional de Derecho, al considerar, por una parte, a la Constitución como norma jurídica y el control como elemento clave de la Constitución y, por otra parte, al ser el régimen de excepción materia constitucional son también normas jurídicas que son garantizadas - mediante el control jurisdiccional - por el Tribunal Constitucional.

Octava conclusión específica

Ha quedado acreditado que la legitimación del Tribunal Constitucional es automática. Ello debido, por una parte, a que la Constitución es un documento de carácter normativo; y, por otra parte, la declaración de los estados de excepción como las normas de desarrollo del mismo tienen rango y jerarquía de ley por lo que su control compete al Tribunal Constitucional.

Ahora bien, esto no es óbice para que se establezca la legitimación activa de todos los ciudadanos y ciudadanas o una legitimación institucional a favor de la Defensoría del Pueblo.

Novena conclusión específica

Ha quedado demostrado que existe un marco teórico constitucional que le permitiría al Tribunal Constitucional extraer algunos criterios para realizar un juicio de constitucionalidad de los decretos de régimen de excepción, así como los decretos de régimen de excepción que desarrollan las medidas complementarias.

IX FUENTES DE INFORMACIÓN

9.1. Bibliografía.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, (2004) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. edición Madrid: Editorial Trotta.

ACOSTA SÁNCHEZ, José, (1998) *FORMACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Madrid: Editorial Tecnos.

ALAYZA, Cristina, CORTÉS, Guillermo, HURTADO, Gisela, MORY, Eliana, TARNAWIECKI, Nicolás, (2010) *Iniciarse en la investigación académica*, Primera reimpresión, Primera edición Lima: Universidad de Ciencias aplicada.

ALCHOURRÓN, Carlos E, BULYGIN, Eugenio, (2006) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (Traducción de los autores), 5ta. reimpresión, 1era. edición, Buenos Aires: Editorial Astrea.

ANDERSON, PERRY, (2007) *El Estado absolutista*, (Traducción de Santos Juliá) Décima Edición española Madrid: SIGLO XXI.

ANDRIEN, Kenneth J, (2011) *Crisis y decadencia. El virreinato del Perú en el siglo XVII*, (Traducción de Javier Flores Espinoza), Primera edición Lima: BCRP-IEP.

ARAGON REYES, Manuel, (1999) *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARBÓS MARÍN, Xavier, FERRER BELTRÁN, Jordi, PÉREZ COLLADO, José (editores) (2010), *La laicidad desde el derecho*, Biblioteca de Cultura Jurídica Madrid: Marcial Pons.

ATIENZA, Manuel, (2001) *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, 1ª Edición Barcelona: Editorial Ariel.

BARBERA, Augusto (a cura di) (2000) *Le fasi filosofiche del costituzionalismo*, Quarta Edizione Bari: Editori Laterza.

BARBERIS, Mauro, *ÉTICA PARA JURISTAS*, (2008) (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero), Madrid: Editorial Trotta.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, (2004) *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Reimpresión, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Editorial Dykinson.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito y FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, (2004) *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Editorial Tecnos.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, (1997) *Introducción al derecho constitucional comparado*, (Traducción de Héctor Fix-Zamudio), Primera reimpresión, Primera edición en castellano Colombia: Fondo de Cultura Económica.

BLAXTER, Loraine, HUGHES, Christina, TIGHT, Malcolm, (2004) *CÓMO SE HACE UNA INVESTIGACIÓN*, Primera reimpresión México: Editorial Gedisa.

BONILLA, Heráclito, (2010) *Metáfora y Realidad de la Independencia en el Perú*, Quinta Edición Lima: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos.

BOVERO, Michelangelo, (2002) *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, (Traducción de Lorenzo Córdova Vianello), Madrid: Editorial Trotta.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, (2000) *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (Traducido por Rafael de Agapito Serrano), Madrid: Editorial Trotta.

BULYGIN, E y MENDONÇA, D, (2005) *Normas y sistemas normativos*, Madrid: Marcial Pons.

CARBONELL, Miguel, OROZCO, Wistano y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), (2002) *estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: XXI Siglo Veintiuno Editores.

CALSAMIGLIA, Albert, (1998) *INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA JURÍDICA*, 2ª edición Barcelona: Editorial Ariel.

CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, (2009) *América Hispánica (1492 – 1898)*, Madrid: Fundación Jorge Juan – Marcial Pons.

CHIASSONI, Pierluigi, (2011) *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, (Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora), Madrid: Marcial Pons.

COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, (Traducción de Miguel Carbonell y otros) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

COMANDUCCI, Paolo, (2009) *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, (Traducción de Pablo Larrañaga) Segunda reimpresión, Primera Edición, México: Distribuciones Fontamara.

CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos, (2010) *Historia del Perú Contemporáneo*, Tercera reimpresión, Cuarta Edición Lima: Instituto de Estudios Peruanos – Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad del Pacífico, Centro de Investigación.

COTLER, Julio, (1987) *Clases, estado y nación en el Perú*, Cuarta Edición Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, (2003) Informe Defensorial N° 76, *Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia*, Defensoría del Pueblo, Lima. Recuperado de http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_76.pdf (Visitada por última vez el 15/4/2014).

DÍAZ, Elías, (2002) «Estado de Derecho y Legitimidad Democrática». En CARBONELL, Miguel, OROZCO, Wistano y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *estado de derecho. Concepto, fundamentos y*

democratización en América Latina, México: XXI Siglo Veintiuno Editores.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, (2003) *Sistema de Derechos Fundamentales*, 1ª Edición Madrid: THOMSON- CIVITAS.

DICCIONARIO TRIVIUM, DERECHO Y ECONOMÍA, (1998), 2ª. Edición, Madrid: EDITORIAL TRIVIUM

FERRAJOLI, Luigi, (2011) *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*, (Traducción de Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán, Luis Prieto Sanchís), Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, Luigi, (2003) «Lo Stato di diritto fra passato e futuro». En COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoría, critica*, Seconda edizione Milano: Feltrinelli Editore.

FERRAJOLI, Luigi, (2001a) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, Luigi, (2001b) *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), 2ª Edición Madrid: Editorial Trotta.

FERRER BELTRÁN, Jordi, (2000) *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (2008) *Derecho procesal Constitucional. Origen científico (1928 – 1956)*, Madrid: Marcial Pons.

FIORAVANTI, Mauricio (Edición de) (2004) *EL ESTADO MODERNO EN EUROPA. Instituciones y derecho*, (Traducción por Manuel Martínez Neira) Madrid: Editorial Trotta.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, (2001) *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª Edición, 4ª Reimpresión Madrid: Editorial Civitas.

GARCÍA PELAYO, Manuel, (2000) *El Derecho Constitucional Comparado*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA SAYÁN, Diego, (1987) *Estados de emergencia en la región andina*, Lima: Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA SAYÁN, Diego, (1988) *Habeas corpus y estado de emergencia*, Lima: Comisión andina de Juristas – Fundación Friedrich Naumann.

GARCÍA TOMA, Víctor, (2008) *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, 2ª edición actualizada Lima: Palestra Editores.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, (2002) «Estado de Derecho y Democracia en América Latina». En CARBONELL, Miguel, OROZCO, Wistano y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: XXI Siglo Veintiuno Editores.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, (2004) *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Mª Paz, (1992) *Curso de*

Derecho Internacional Público, 5ª Edición Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho – Universidad Complutense.

GUASTINI, Riccardo, (2014) *Interpretar y argumentar*, (Traducción de Silvina Álvarez Medina), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GUASTINI, Riccardo, (2010a) *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*, (Traducción de Juan José Monroy Palacios y Mario Monroy Palacios), Lima: Editorial COMMUNITAS.

GUASTINI, Riccardo, (2010b) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar), Segunda Edición Madrid: Editorial Trotta.

GUASTINI, Riccardo, (2007) *Estudios de teoría constitucional*, (Traducción de Miguel Carbonell y otros), Segunda reimpresión, Primera Edición México: Distribuciones Fontamara.

GUASTINI, Riccardo, (1999) *DISTINGUIENDO. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, (Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán), Primera edición Barcelona: Gedisa Editorial.

GUIBOURG, Ricardo A. (2003) *Colección de Análisis jurisprudencial. Teoría General del Derecho*, Buenos Aires: Editorial La Ley.

HAMILTON, A, MADISON, J y SAY, J, (1998) *El Federalista*, (Traducción de Gustavo R. Velasco), 1ª Edición, Sexta reimpresión México: Fondo de Cultura Económica.

HARRIS, Marvin, (1998) *Antropología cultural*, (Traducción de Vicente Bordoy y Francisco Revuelta), Primera Edición en Área de conocimiento Ciencias Sociales Salamanca: Alianza Editorial.

HERNANDÉZ MARÍN, Rafael, (1998) *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.

HIERRO, Liborio, (2002) «El concepto de Justicia y la teoría de los derechos». En Elías Díaz y José Luís Colomer (Editores) *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid: Alianza Editorial.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, (2005) *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Tercera edición Madrid: Marcial Pons.

JORGE PRATS, Eduardo, (2005) *Derecho Constitucional*, Volumen II, 1ª Edición Santo Domingo: Editorial Gaceta Jurídica.

KLARÉN, Peter, (2013) *NACIÓN Y SOCIEDAD EN LA HISTORIA DEL PERÚ*, (Traducción de Javier Flores), 5ª reimpresión, 1ª edición Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

KELSEN, Hans, (2011) *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez), Primera Edición de 1934 Madrid: Editorial Trotta.

LANDA, César, (2006) *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, 1ª Edición México: Editorial Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

LAPORTA, Francisco J., (2007) *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Editorial Trotta.

LYNCH, John, (2010) *Las Revoluciones Hispanoamericanas 1808 – 1826*, (Traducción de Javier Alfaya y Bárbara McShane), 5ª edición Barcelona: Ariel Historia.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, (2010) *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons.

MATTEUCCI, Nicola, (1998) *Organización del poder y la libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, (Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira), Madrid: Editorial Trotta.

MC EVOY Carmen, NOVOA, Mauricio, PALTÍ, Elías (Editores), (2012) *En el nudo del imperio. Independencia y democracia en el Perú*, Primera Edición Lima: Instituto de Estudios Peruanos-Instituto francés de Estudios Andinos.

MC EVOY Carmen, (2013) *En pos de la República. Ensayos de historia política e intelectual*, Lima: Centro de Estudios Bicentenario-Municipalidad Metropolitana de Lima – Asociación Educacional Antonio Raimondi.

MENDONÇA, D y GUIBOURG, R. A, (2004) *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid: Marcial Pons.

MENDONÇA, Daniel, (2000) *Las claves del derecho*, Primera edición Barcelona: Gedisa Editorial.

MORESO, José Juan, (2002) *Normas Jurídicas y Estructura del Derecho*, Primera reimpresión, Primera edición México: Distribuciones Fontamara.

MORESO, J.J y VILAJOSANA, J.M, (2004) *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

MORESO i MATEOS, Josep Joan, (2006) *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, (Traducción del autor), Primera Edición en lengua castellana Barcelona: Editorial UOC.

MUÑOZ RAZO, Carlos, (2011) *Como Elaborar y Asesorar una Investigación de Tesis*, Segunda Edición México: Prentice Hall.

NINO, Carlos Santiago, (2005) *Introducción al análisis del derecho*, 13ª reimpresión, 2ª edición ampliada y revisada Buenos Aires: Editorial Astrea.

NINO, Carlos Santiago, (2013) *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 4ª reimpresión, 1ª Edición Buenos Aires: Editorial Astrea.

NUGENT, Guillermo, (2006) «EL ORDEN TUTELAR. Para entender el conflicto entre sexualidad y políticas públicas en América Latina». En VV.AA, *La Trampa de la Moral Única. Argumentos para una democracia laica*, Lima: CLADEM.

NUGENT, Guillermo, (2003) «Estado laico y libertad de opinión: del tutelaje al pacto político». En *ESTADO LAICO. A la sombra de la Iglesia*, Lima: Cuaderno de Debate- Flora Tristán- Programa de Estudios de Género- Unidad de post-grado de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ONU, (1998) *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión. Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas*. E/CN.4/1998/53/ADD.2. Recuperado de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/143/20/PDF/G9814320.pdf?OpenElement>

(Visitada por última vez el 17/4/2014).

ONU, (1997) *LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS DETENIDOS: CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN*, E/CN.4/Sub.2/1997/19. Recuperado de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/128/82/PDF/G9712882.pdf?OpenElement> (Visitada por última vez el 20/4/2014).

ONU, (2006) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas Frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación al Desarrollo*, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2006. Recuperado de www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf (Visitada por última vez el 1/5/2015).

OTTO, Ignacio de, (1987) *DERECHO CONSTITUCIONAL. Sistema de fuentes*, 1ª Edición Barcelona: Editorial Ariel.

PÁSARA, Luis, (2014) *UNA REFORMA IMPOSIBLE. La justicia latinoamericana en el banquillo*, Primera Edición Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÁSARA, Luis, INDACOCHEA, Carlos, M. (2014) *CIPRIANI como actor político*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

PEASE GARCÍA, Henry y ROMERO SOMMER, Gonzalo, (2013) *La política en el Perú del siglo XX*, Primera edición Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, (2006) *Introducción al Derecho Público Comparado*, (Traducción de César Astudillo), Primera

edición Lima: Palestra Editores- Instituto de Investigaciones jurídica UNAM – Universidad nacional autónoma de México.

PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, (2003) *Las fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, (Traducción de Marta León, Daniel Berzosa, Jhoana Delgado) ,1era. Edición Lima: Editora Jurídica Grijley.

PÉREZ ROYO, Javier, (2007) *Curso de Derecho Constitucional*, Undécima edición Madrid: Editorial Marcial Pons.

PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002) *Derechos Constitucionales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 1ª Edición Lima: Palestra Editores.

PRIETO SANCHÍS, Luis, (2011) *Apuntes de teoría del Derecho*, Sexta Edición Madrid: Editorial Trotta.

QUIROZ, Alfonso W, (2016) *Historia de la Corrupción en el Perú*, (Traducción por Javier Flores Espinoza), Primera Edición Lima: Instituto de Defensa Legal - Instituto de Estudios Peruanos, Serie: Colección Popular, 05.

RUBIO CORREA, Marcial, (2006) *EL ESTADO PERUANO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, Primera edición Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, (2000) *El estado constitucional y su sistema de fuentes*, 2da. Edición Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

SORIANO Ramón, (1997) *Sociología del Derecho*, 1ª Edición Barcelona: Ariel Derecho.

TARELLO, Giovanni, (2013) *La interpretación de la Ley*, (Traducción de Diego Dei Vecchi), Lima: Palestra Editores.

TORRES ARANCIVIA, Eduardo, (2007) *BUSCANDO UN REY. El autoritarismo en la historia del Perú. Siglos XVI – XXI*, Primera Edición Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VÁSQUEZ, Rodolfo, (2006) *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Editorial Trotta.

ZAGREBELSKY, Gustavo, (2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Décima edición Madrid: Editorial Trotta.

ZOLO, Danilo, (2003) «Teoria e critica dello Stato di diritto». En COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoría, critica*, Seconda edizione Milano: Feltrinelli Editore.

9.2. Hemerográfica.

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo, (2010) «Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción». En revista *Iuris Dictio*, 13 (X), pp. 59-89.
Recuperado de http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_13/entre_la_retorica_de_lo_nuevo_y_la_persistencia_del.pdf
(Visitada por última vez el 3/1/2014).

ARAGÓN MANUEL, (1987) «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(19 Enero/Abril), pp. 15-52. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/en/publications/journals/electronicjournals?IDR=6&IDN=321&IDA=24830> (Visitada por última vez el 5/1/2014).

BULYGIN, E, (1991) «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (9), pp. 257-279. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com/controladores/portales/portal.php?portal=doxa&seccion=catalogo_doxa&autor=&paginaNavegacion=0&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=tabla&q=&orden=seriada (Visitada por última vez el 7/1/2014).

BULYGIN, E, (1991) «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (9), pp. 311-318. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com/controladores/portales/portal.php?portal=doxa&seccion=catalogo_doxa&autor=&paginaNavegacion=0&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=tabla&q=&orden=seriada (Visitada por última vez el 9/1/2014).

CALSAMIGLIA, A, (1994) «Geografía de las normas de competencia». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (15-16), pp. 747-764. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com/controladores/portales/portal.php?portal=doxa&seccion=catalogo_doxa&autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=tabla&q=&orden=seriada&paginaNavegacion=1 (Visitada por última vez el 12/1/2014).

CANÇADO TRINIDADE, Antonio Augusto, (1992) «Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión». En *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 16, pp. 39-74. Recuperado de <http://www.iidh.ed.cr/IIDH/colabore/publique-libros/> (Visitada por última vez el 15/1/2014).

EMBED IRUJO, Antonio, (1998) «La justiciabilidad de los actos de Gobierno. (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)». En *Documentación Administrativa*, Núm. (220), pp. 19-66. Recuperado de <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5160&path%5B%5D=5214> (Visitada por última vez el 20/1/2014).

FIX-ZAMUDIO, Héctor, (2004) «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución». En el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXVII, (111), pp. 801-860. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711102> (Visitada por última vez el 25/1/2014).

GOIG MARTINEZ, Juan Manuel, (2009) «LA DEFENSA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN. CONSTITUCIÓN Y ESTADOS EXCEPCIONALES (I)». En *Revista de Derecho UNED*, (4), pp. 263-296. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10972> (Visitada por última vez el 31/1/2014).

GOIG MARTINEZ, Juan Manuel, (2009) «LA DEFENSA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN. CONSTITUCIÓN Y ESTADOS EXCEPCIONALES (II) UN ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO». En *Revista de Derecho UNED*, (4), pp. 211-251. Recuperado de

<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10986/10514>

(Visitada por última vez el 9/2/2014).

GRANDEZ CASTRO, Pedro, P., (2010) «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano». En *Revista mensual de Jurisprudencia, Cuaderno de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional* (8), pp. 327-366.

GUASTINI, R, (1995) «Normas supremas». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (17-18), pp. 257-270. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/autor/8324/Guastini,%20Riccardo> .

(Visitada por última vez el 12/2/2014).

GUIBOURG, R. A, (1993) «Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (14), pp. 429-434. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/partes/325873/n-14---1993/1>

(Visitada por última vez el 16/2/2014).

GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, (1999) «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable». En *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, (54), pp. 211-275.

LEGARRE, Santiago y ORREGO, Cristóbal, (2010) «Los usos del Derecho constitucional Comparado y la Universalidad de los Derechos Humanos». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, (88), pp. 11-38. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=688&IDA=27704>

(Visitada por última vez el 20/2/2014).

- MORESO, J. J, (1993) «Sobre normas inconstitucionales». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, (38), pp. 81-115. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=340&IDA=25123> (Visitada por última vez el 27/2/2014).
- RUIZ MANERO, J, (1991) «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (9), pp. 281-293. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/partes/325868/n-9---1991/1> (Visitada por última vez el 4/3/2014).
- RUIZ MIGUEL, A, (1988) «El principio de jerarquía normativa». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, (24), pp. 135-154. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=326&IDA=24908> (Visitada por última vez el 8/3/2014).
- VALERA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, (2007) «Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional». En *Historia Constitucional* (revista electrónica) (8), pp. 245-259. Recuperado de <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/39/29> (Visitada por última vez el 15/3/2014).
- VEGA GARCÍA, Pedro de, (1979) «Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución». En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), (7), pp. 93-118. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=167&IDA=15748>

(Visitada por última vez el 18/3/2014).

VERGOTTINI, Giuseppe di, (1987) «Balances y Perspectivas del Derecho Constitucional Comparado». En *Revista Española de Derecho constitucional*, (19), pp. 165-221. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=321&IDA=24834>

(Visitada por última vez el 22/3/2014).

VILAJOSANA, J, M, (1998) «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas». En *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (21), pp. 49-64. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/partes/326093/n-21---1998/1>

(Visitada por última vez el 26/3/2014).

9.3. Textos normativos.

Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 y sus modificatorias Ley N° 28642, Ley N° 28946.

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de http://www.diputados.gob.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?infobase=constra.nfo&softpage=browse_frame_pg42

(Visitada por última vez el 4/1/2014).

Constitución Política de Colombia. Recuperado de <http://www.camara.gov.co/portal2011/normatividad>

(Visitada por última vez el 4/1/2014).

Constitución de la República de Ecuador. Recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

(Visitada por última vez el 5/1/2014).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270515.pdf

(Visitada por última vez el 5/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1993. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf

(Visitada por última vez el 11/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1979. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf

(Visitada por última vez el 11/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1933. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1933/Cons1933_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 12/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1920. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 12/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1867. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1867/Cons1867_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 18/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1860. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 18/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1856. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1856/Cons1856_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 18/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1839. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1839/Cons1839_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 19/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1834. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1834/Cons1834_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 19/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1828. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1828/Cons1828_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 25/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1826. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1826/Cons1826_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 25/1/2014).

Constitución Política del Perú de 1823. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CO_NSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf

(Visitada por última vez el 26/1/2014).

Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

(Visitada por última vez el 26/1/2014).

Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

(Visitada por última vez el 26/1/2014).

Decreto Legislativo N° 749. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00749.pdf>

(Visitada por última vez el 1/2/2014).

Ley N° 24150, Establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las fuerzas armadas asumen el control del orden interno, en todo o en parte del territorio. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/24150.pdf>

(Visitada por última vez el 1/2/2014).

Ley N° 26479, Conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26479.pdf>

(Visitada por última vez el 2/2/2014).

Observación General N° 05, Derogación de los Derechos (Art. 4 PIDCP). Recuperado de [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument)

(Visitada por última vez el 2/2/2014).

Observación General N° 29, Suspensión de las obligaciones durante un Estado de emergencia (Art. 4 PIDCP). Recuperado de [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument)

(Visitada por última vez el 8/2/2014).

Opinión consultiva 8/87, El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.

(Visitada por última vez el 8/2/2014).

Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos mexicanos, Condición jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

(Visitada por última vez el 8/2/2014).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

(Visitada por última vez el 8/2/2014).

Decreto Supremo N° 052 -2002-PCM. El Peruano, Normas Legales de 16 de junio de 2002, p. 224836.

Decreto Supremo N° 044 -2005-PCM. El Peruano, Normas Legales de 18 de junio de 2005, p. 294949.

Decreto Supremo N° 055-2009-PCM. El Peruano, Normas Legales de 3 de setiembre de 2009, p. 401898.

Decreto Supremo N° 060-2009-PCM. El Peruano, Normas Legales de 10 de setiembre de 2009, p. 402261.

Decreto Supremo N° 070-2009-PCM. El Peruano, Normas Legales de 5 de noviembre de 2009, p. 405586.

Decreto Supremo N° 011-2010-PCM. El Peruano, Normas Legales de 19 de enero de 2010, p. 411488.

Decreto Supremo N° 042-2010-PCM. El Peruano, Normas Legales de 31 de marzo de 2010, p. 416520.

Decreto Supremo N° 055-2010-PCM. El Peruano, Normas Legales de 15 de mayo de 2010, p. 418986.

Decreto Supremo N° 057-2010-PCM. El Peruano, Normas Legales de 18 de mayo de 2010, p. 419144.

Decreto Supremo N° 040-2015-PCM. El Peruano, Normas Legales de 22 de mayo de 2010, p. 553136.

Decreto supremo N° 083-2015-PCM. El Peruano, Normas Legales de 4 de diciembre de 2015, p. 567905.

Decreto Supremo N° 004-2016-PCM. El Peruano, Normas Legales de 16 de enero de 2016, p. 575626.

9.4. Jurisprudencia.

9.4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. República de Argentina.

Ana María Pérez M de Smith. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp> (Visitada por última vez 23/04/2014).

Carlos Mariano Zamorano. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp> (Visitada por última vez 23/03/2014).

Jacobo Timerman. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomosFallos.jsp> (Visitada por última vez 23/03/2014).

9.4.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia No. C-004/92. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm> (Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-447-92. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-447-92.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0556-92. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-0556-92.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0031-93. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-031-93.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0300-94. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-300-94.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0366-94. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-0336-94.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0466-95. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-0466-95.htm>

(Visitada por última vez 01/04/2014).

Sentencia C-0027-96. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-027-96.htm>

(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-0122-97. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-122-97.htm>

(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-122-99. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-122-99.htm>

(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-0216-99. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-0216-99.htm>

(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-381/00. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-381-00.htm>
(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-802/02. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm>
(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-939/02. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-939-02.htm>
(Visitada por última vez 03/04/2014).

Sentencia C-1007/02.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1007-02.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-1024/02. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1024-02.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-063/03. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-063-03.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-149/03. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-149-03.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-327/03. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-327-03.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia T-025/04. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>
(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-713/08. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

(Visitada por última vez 05/04/2014).

Sentencia C-070/09. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-070-09.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-135/09. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-135-09.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-224/09. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-224-09.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-843/10. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-843-10.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-193/11. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-193-11.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-194/11. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-194-11.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-217/11. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-217-11.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

Sentencia C-272/11. Recuperado de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-272-11.htm>

(Visitada por última vez 07/04/2014).

9.4.3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia N° 0009-10-SIN-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bc5420e1-f579-417f-9ef2-8e0b673ce3bd/0013-09-IN%20y%20otros.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 10/04/2014)

Sentencia N° 0005- SIN- CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/224f66bb-c1bd-484b-af8a-d92496d972a3/0004-09-IN-res.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 10/04/2014)

Sentencia N° 0015-10-SEE-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c3a37cdd-bd5f-4a33-ae40-e7f1f54c1fc8/0011-10-EE-dict.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 10/04/2014)

Sentencia N° 0010-10-SEE-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0f225ea1-8bdb-41b7-9695-3366c1148893/0006-10-EE-res.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 10/04/2014)

Sentencia N° 0005-09-SEE-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7961c476-142f-4653-ba10-493af9363472/0006-09-EE-res.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 10/04/2014)

Sentencia N° 0001-09-SEE-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9bd73d61-7ec0-411c-97df-f719eff2ce89/0001-09-EE-sent.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 14/04/2014)

Sentencia N° 0002-10-SEE-CC. Recuperado de

<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9dc9009a-a0f4-497e-bfe7-a839ac45224e/0010-09-EE-res.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 14/04/2014)

Sentencia N° 0001-10-SEE-CC. Recuperado de
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d51a7d96-f52d-40f9-a294-3b6fbe576f3a/0009-09-EE-res.pdf?quest=true>
(Visitada por última vez 14/04/2014)

9.4.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

STC N° 0340-1998-AA/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00340-1998-AA.html>
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 010-2002-AI/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/010-2002-AI.html>
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 013-2002-AI/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00013-2002-AI.html>
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 014-2002-AI/TC. Recuperado de
www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00014-2002-AI.html
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 2409-2002-AA/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/02409-2002-AA.html>
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 0017-2003-AI/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>
(Visitada por última vez el 18/12/2014).

STC N° 0045- 2004-PI/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 0047-2004- AI/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 0090-2004-AA/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 3361-2004-AA/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 5854-2005-PA/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 4446-2006-PA/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04446-2005-AA%Resolución.html>
(Visitada por última vez el 22/12/2014).

STC N° 0007-2007-PI/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>
(Visitada por última vez el 26/12/2014).

STC N° 01805-2007-PHD/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01805-2007-HD.html>
(Visitada por última vez el 26/12/2014).

STC N° 05400-2007-PA/TC. Recuperado de
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05400-2007-AA.html>
(Visitada por última vez el 26/12/2014).

STC N° 0004-2011-PI/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2011-AI.html>
(Visitada por última vez el 26/12/2014).

RTC N° 0013-2003-CC/TC. Recuperado de
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>

(Visitada por última vez el 26/12/2014).

9.5. Sitios web consultados.

Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica.

www.giuri.unige.it/intro/dispist/digita/file/testi

Anuario de Filosofía del Derecho.

<http://www.uv.es/~afd/>

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8>

Associazione dei Costituzionalisti Italiani.

www.associazionedeicostituzionalisti.it

Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=111>

Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

www.cepc.es

Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*.

<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>

Congreso de la República.

<http://www.congreso.gob.pe/>

Corte Constitucional de Colombia.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Corte Constitucional del Ecuador

<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<http://www.corteidh.or.cr/>

Corte Suprema de la Nación. República de Argentina.
<http://www.csjn.gov.ar/>

Cuaderno de Historia del Derecho.
<http://revistas.ucm.es/index.php/CUHD>

Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho.
www.ojs.uv.es/index.php/CEDF

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
<http://www.defensoria.gob.pe/>

Diario La República.
<http://larepublica.pe/>

Diritto & Questioni Pubbliche.
www.dirittoequestionipubbliche.org

DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho.
www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA

Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
www.fcje.org.es

Fundación Dialnet. Universidad de La Rioja, España.
www.dialnet.unirioja.es

Historia Constitucional.
www.historiaconstitucional.com

Historia y Política.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=9>

Isonomía. Revista de Teoría y filosofía del Derecho.
<http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/isonomia.shtml>

Organización de Estados Americanos.

<http://www.oas.org/es/>

Organización de Naciones Unidas.

<http://www.un.org/es/index.html>

PERSONA Y DERECHO. Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y Derechos Humanos.

www.unav.es/derecho/index.html

Revista Española de Derecho Constitucional.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6>

Revista *Iuris Dictio*.

<http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio>

Tribunal constitucional Español.

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>

Tribunal Constitucional Peruano

<http://www.tc.gob.pe/>